Dr. Juliusz Makarewicz.

IDEALNY ZBIEG PRZESTĘPSTW

w ustawie karnej austryackiej?

STUDYUM KRYTYCZNE.

KRAKÓW.
SPÓŁKA WYDAWNICZA POLSKA.
Drukiem A. Koziańskiego.
1897.

Treść.

IDEALNY ZBIEG PRZESTĘPSTW
W USTAWIE KARNEJ AUSTRYACKIEJ?

Mamy zająć się rozbiorem kwestyi, która, zdaniem praktyki popartej rozstrzygnięciami Najwyższego Trybunału, tudzież zdaniem znacznej większości teoretyków, objaśniających odnośne przepisy ustawy, uchodzi już za stanowczo rozwiązaną, mamy odpowiedzieć przecząco na pytanie, na które, zdaniem dotychczas powszechnem, jedynie tylko twierdząca odpowiedź była możliwą.

Zanim przystąpimy do właściwego tematu, mimo woli potrącić musimy o sprawę bardziej zasadniczą, zastanowić się nad dylematem: czy konstrukcya teoretyczna nosząca nazwę »idealny zbieg przestępstw« ma racyonalne podstawy bytu, czy w ogóle idealny zbieg przestępstw istnieje? W tym kierunku również bronić zamyślamy zapatrywania mniejszości, zapatrywania jednak, które z powodu mniej lub więcej prostej argumentacyi, a zawsze ściśle realnego punktu wyjścia z każdym rokiem zyskuje nowych zwolenników [1]).

---

[1]) Wobec niewątpliwie nadzwyczaj trafnego rozwiązania kwestyi praktycznego znaczenia zbiegu przestępstw i zaakcentowania jej ostrza, przez przesunięcie punktu ciężkości na zbieg kar (Geyer, John, Köstlin, Rosenblatt) mógłby czytelnik snadnie podać w wątpliwość racyę bytu rozprawy jednej jeszcze na temat zbiegu przestępstw. Studyum nasze jednak wcale nie wkracza w dziedzinę już zwycięsko opanowaną, ma się zająć czem innem. Nie pytamy, co jest istotą zbiegu przestępstw jednoczynowego, co każe traktować go odrębnie od jednego przestępstwa, bo wiemy, że przyczyną jest (ewentualnie) zbieg kar; pytamy natomiast, czy jest możliwy, czy istnieje zbieg przestępstw jednoczynowy. Odpowiedź na nasze pytanie, zastanawiające się zresztą nad jedną tylko postacią „zbiegu“ jest logicznem prius — wobec kwestyi już rozwiązanej. Teorya wspomniana mówi: gdzie mamy zbieg przestępstw, tam mamy zbieg kar, my natomiast pragniemy przyczynić się do rozświetlenia wąt-

Łącznikiem między postulatami teoryi a przepisami austryackiego ustawodawstwa, musi stanowić z natury rzeczy krótki rys historyczny rozwoju odnośnych postanowień ustawowych.

Rozwój historyczny bowiem nietylko poprze wymogi teoryi postępowej, lecz poda nam także materyał do interpretacyi przepisów jednostronnie, jak dotąd, oświetlanych.

Dlatego studyum nasze rozpadnie się na 3 rozdziały: 1. Teorya. 2. Prawo germańskie. 3. Ustawa austryacka.

Zakończenie trzeciego rozdziału obejmie praktyczne, a zdaniem mojem, doniosłe konsekwencye raz rozwiązanego zagadnienia.

---

pliwości: czy t. zw. zbieg idealny jest zbiegiem. Doskonale uwydatnił ten stosunek powyższych materyi *Rosenblatt* Strafenkonkurrenz 47: Wann nur ein Delict, wann aber mehrere vorhanden sind dh. wann nur eine, wann aber mehrere Strafen zu erkennen sind ist eine Frage die uns nicht angeht, denn haben wir nur ein Delict, dann ist auch eine Strafe zu erkennen, eine zu verbüssen und es kann von einer Concurrenz von Verbrechen respective von Strafen nicht die Rede sein; sollen aber die Grundsätze der Behandlung concurrirender Delicte resp. Strafen zur Anwendung kommen, dann werden eo ipso mehrere Delicte und folglich auch mehrere Strafen vorausgesetzt... Niewątpliwie zupełnie słusznie twierdzi Rosenblatt, że jest to pytanie, które teoretyków, zajmujących się znaczeniem praktycznem zbiegu przestępstw, nie obchodzi, lecz zdaniem naszem pomimo to musi być rozwiązanem. Aby wiedzieć, czy mamy zbieg kar, musimy wiedzieć, czy mamy zbieg przestępstw. (Por. wywody Schützego Z. f. g. Str. Rw. III. 51 sq., także Krzymuski Wykład II. 203 sq.).

ROZDZIAŁ I.

Teorya [1]).

....Ist das Verbrechen wesentlich Handlung, so setzt eine Mehrheit von Verbrechen auch eine Mehrheit von Handlungen voraus.
(*Hölschner* pr. Str. I. 496).

§. 1. Przedstawienie nauki o jedności i wielości przestępstw, a zatem także nauki o zbiegu przestępstw idealnym rozpocząć musi od wyjaśnienia i ustalenia pojęć zasadniczych, przyczem należy postępować z możliwą dokładnością i skru-

---

[1]) Książki zużytkowane w I. rozdziale: ***Bar Dr L. v.*** Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhang etc. (Grünhut IV). ***Berner Dr Alfr. Fr.*** Lehrbuch des deutschen Strafrechtes IX. Aufl. 1877. ***Berner Max.*** Der Grundsatz ne bis in idem im Strafprozess. 1891. ***Binding Dr Karl.*** Die Normen und ihre Übertretung I. Aufl. 1872. Handbuch des deutschen Strafrechts 1885. Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts I. B. IV. Aufl. 1890. ***Buri Dr M. v.*** Einheit und Mehrheit der Verbrechen 1879. Ueber die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung (Gerichtssaal XLI. 408 sq.). Zur Concurrenzfrage (ib. XXXV. 517 sq.). ***Bünger*** (Landrichter). Über Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung (Z. f. ges. Str. RW. VI. 291 sq.). Ueber Handeln- und Handlungseinheit (ib. VIII. 520 sq.). ***Budziński Stanisław*** O zbiegu przestępstw i przestępstwach ciągłych. 1864.

Finger Dr August. Das Strafrecht I. B. 1894.

Geyer. Konkurrenz (Holtzendorffs Rechtslexikon II. 506 sq.).

Habermaas Dr H. Fr. Die ideale Konkurrenz der Delikte 1882.

Hölschner Hugo. System des preussischen Strafrechts I. Th. 1858. Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881.

Heinemann Hugo Dr jur. Die Lehre von der Idealkonkurrenz. 1893,

Hertz Dr Eduard. Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. 1880. I. B.

pulatnością, bo na tych pojęciach oprzeć się ma cała budowa rozumowania. Pierwsza kwestya, która nasunąć się musi do rozstrzygnięcia, jest, czy pojęcia: czyn, dzia-

---

Herbst Eduard Dr. Handbuch des allgem. österr. Strafrechtes VII. Aufl. I. B, 1882.

Hiller Dr Carl. Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Concurrenz der Delicte (Gerichtssaal XXXII. 195 sq.). Die Frage der sogen. Idealconcurrenz (Zeitschr. Grünhuta XIII. 126 sq.),

Hrehorowicz Dr Thaddaeus. Grundlagen und Grundbegriffe des Strafrechts. 1880.

Hye Dr Anton Ritter von Glunek. Das össterreichische Strafgesetz. 1855.

Janka Dr Karl Das österreichische Strafrecht II. Aufl. v. Rulf. 1890.

Jenull Seb. Das österreichische Criminalrecht 1805. I. B.

John Dr Richard Eduard. Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher 1858. Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz. 1860.

Kärcher Landgerichtsrath. Die Idealconcurrenz der Verbrechen. (Gerichtss. XXXV. 481 sq.).

Kohler Prof. I. Studien aus dem Strafrecht I. 1890. III. 1895.

Krzymuski Dr Edmund. Wykład prawa karnego. 1887.

Lammasch Dr Heinrich. Handlung und Erfolg (Grünhut Zeitschr. IX. 221 sq.).

Liszt Dr Franz v. Lehrbuch der deutschen Strafrechts VII. Aufl. 1896. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. (Z. f. g. Str. RW. VI. 663 sq.). Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopedie der Rechtswissenschaft (Z. f. g. Str. RW. VIII. 134 sq.). Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik (Z. f. g. Str. RW. XVI. 477 sq.).

Löwenstein Dr Alfred. Die Verbrechensconcurrenz nach dem Reichsstrafgesetzbuch. 1883.

Merkel Dr A. Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889. Die Strafanwendung durch den Richter (Holtzendorffs Handbuch II. 547 sq. szcz. 573 sq. i IV. 209 sq. szcz. 225 sq.).

Meyer Dr Hugo. Lehrbuch des deutschen Strafrechts IV. Aufl. 1888.

Ortloff Dr Herm. Die Lehre von der Konsumtion der Strafdrohungen sowie von der sogen. Ideal- und Realkonkurrenz etc. (Archiv. f. Str. R. XXXV. 395 sq.).

Ortmann Rudolf. Zur Lehre von der Idealkonkurrenz. (Arch. f. Str. R. XXXV. 26 sq.).

Rosenblatt Dr Josef. Die Strafen-Concurrenz 1879. O zbiegu przestępstw 1873.

Seeger Prof. Dr. Ueber Zusammenfluss des einfachen und des betrüglichen Bankerottes (Goltdammers Archiv. XX, 137 sq.).

łanie (które może nosić nazwę przestępnego), mają swój byt samoistny, niezależny od stanowiska, z którego na nie patrzymy, czy też przeciwnie każda nauka z osobna pojęcia te dowolnie tworzyć sobie może stosownie do własnych potrzeb. Kwestya, czy pewne pojęcia mają zawsze jedno i to samo znaczenie, czy też każda nauka może im podsuwać, inne, nietylko naszej materyi dotyczy — spór o jej rozwiązanie spotykamy także w innych partyach nauki prawa karnego, np. przy roztrząsaniu t. zw. związku przyczynowego; znaleźli się bowiem uczeni [1]), którzy pojęcie związku przyczynowego konstruować usiłują dla prawa karnego specyalnie, w oderwaniu od ogólnie uznanych rezultatów filozofii. Zdaje mi się, że tak jak ich zakusy pozostały bez echa, tak i w naszym

---

Schütze Prof. Dr Th. R. Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage (Z. f. ges. Str. RW. III. 48 sq.).

Schwarze. Die Concurrenz-Theorien und das Strafgesetzbuch (G. S. XXXIV. 575 sq.).

Stooss Carl. Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts 1892. Die schweizerischen Strafgesetzbucher. 1890.

Sturm Dr jur. A. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung 1895.

Wachenfeld Dr Friedrich. Theorie der Verbrechenskonkurrenz 1893.

Waser Dr J. E. Bemerkungen über den Begriff des fortgesetzten Verbrechens (Z. f. österr. Rechtsgelehrsam. 1845 str. 1 sq.).

Woringen Fr. A. v. Ueber den Begriff des fortgesetzten Verbrechens. 1857.

Pomocnicze: *Bain Alexander.* Logika 1878. *Till Ernest.* Prawo prywatne austr. I. tom, II. w. 1892. *Windscheid Bernhard.* Lehrbuch des Pandektenrechts VI. Aufl. 1887. *Wundt Wilhelm.* Grundriss der Psychologie. 1896. *Sergi G.* La Psychologie physiologique (trad. Mouton) 1888. *Spencer Herbert.* Die Principien der Psychologie deutsche Ausg. v. Vetter. 1883.

[1]) Np. *Bar:* Die Ursache im Rechtsinne ist diejenige Bedingung... objectiv betrachtet sind Ursache u. Bedingung identisch (37—38 Grünhut IV.); podobnie *Sturm* 9: Die rechtliche Ursache, rechtlicher Begriff der Verursachung. *Kohler* (Studien I. 45 sq.) odróżnia znów: Der blosse Naturkausalismus i Causalismus der socialen Ordnung. *Rohland* (Dorpater Festrede 1885 str. 11) mówi o rechtlicher Erfolg, tam mianowicie, gdzie nie ma żadnego skutku naturalnego (zaniechanie); por. *H Meyer* 244. Są także zwolennicy innych konstrukcyj, jak subjectiver i logischer Kausalzusammenhang (*Ortmann*, *Gessler*) por. *Hertz:* Unrecht. I. 168.

zakresie, a równocześnie w ogóle w nauce prawa karnego przyjąć musimy zasadę: pojęcia filozoficzne, czy w skład logiki, czy psychologii wchodzące, wytwarzać mają specyaliści naukami temi się zajmujący — wymaga tego naukowy podział pracy, rzeczą prawnika i kryminalisty jest tylko wyciągnąć z rezultatów badań owych nauk właściwe konsekwencye. Związek przyczynowy jest zawsze jeden i ten sam, również czyn lub działanie musi mieć jedno tylko znaczenie. Postępować odmiennie, znaczy podsuwać tym samym wyrazom różne znaczenie, a więc wykraczać przeciw elementarnym zasadom logiki o znaczeniu ścisłem i jednolitem, jakie mają mieć wyrazy [1]), bo oczywiście nie można przypuścić, by istniały dwa związki przyczynowe, dwie różne istoty czynu, lecz tylko umysł ludzki, mówiąc o innym związku przyczynowym i o innym czynie, podsuwa pod uznany termin inne pojęcie.

Oczywiście to samo zjawisko i to samo pojęcie może występować w różnem oświetleniu i mieć różną doniosłość dla różnych dziedzin nauki, lecz istota jego pozostanie tą samą. Związek przyczynowy, zachodzący między wystrzałem z rewolweru a śmiercią człowieka, w innem świetle przedstawi się dla fizyka, w innem dla lekarza, w innem dla prawnika, co wcale nie przeszkadza, że będzie z istoty swej niezmiennym. To też z chwilą, gdy lekarz stwierdzi np. związek przyczynowy, zachodzący między przeziębieniem dziecka a jego śmiercią, sędzia, o ile nie skorzysta ze swego prawa kontroli formalnej lub materyalnej (§. 121 sq. i 258 prk.) tego wniosku, oprze się na zdaniu lekarza w wyroku.

Podobnie musi się rzecz mieć także z pojęciem c z y n u i d z i a ł a n i a. Filozofia przez działanie rozumie ruch ciała jako wynik woli (gewollte Körperbewegung) [2]), pod czynem zaś wszelki ruch ciała bez udziału woli (Körperbewegung

---

[1]) *Bain:* Logika. I. str, 49 sq., szczególnie 53 i II. 198 sq.

[2]) Nie będziemy tu oczywiście wchodzić w subtelne psychofizyologiczne rozróżnianie Triebhandlung, Willkührhandlrng, Wahlhandlung (*Wundt:* Grundriss. 219 sq.), bo we wszystkich tych wypadkach bierze wola udział, różnica polega tylko na stosunku wzajemnym pobudek działających.

ohne Wollen), np. odruch, czyn pijanego, niepoczytnego, ruch ciała skutkiem parcia mechanicznego; kryteryum więc, oddzielające czyn od działania jest istnienie woli. Pod wolą zaś rozumiemy ostateczny rezultat walki pobudek, który po stronie fizycznej objawia się ruchem nerwów, a za ich pośrednictwem muszkułów [1]).

Działanie jest więc ruchem ciała (wywołującym ipso facto zmianę w świecie zewnętrznym) pod wpływem woli. Nie każde jednak działanie ma znaczenie dla prawa (ist rechtlich relevant), a więc nie każde ma także znaczenie dla prawa karnego (ist strafrechtlich relevant). Dlatego słuszność ma Binding, o ile nazywa Handlung-Verwirklichung eines rechtlich (właściwie dla jego Handbuchu, strafrechtlich) relevanten Willens, błądzi jednak tylko w tem, że odrywa to pojęcie zupełnie od pojęcia Handlung, jako realizacyi woli w ogóle. Charakterystycznem jest, że gdy Bünger nazywa Handeln im rechtlichen Sinne ein Ausschnitt aus dem natürlichen Handeln [2]), Binding odwrotnie mówi sinnlich einheitliche Handlung ist ein Auschnitt aus mehreren Handlungen im Rechtssinne [3]).

Tak więc działaniem (Handlung) w nauce prawa karnego, nazywamy poprostu to działanie (natürliche Handlung), które ma znaczenie dla prawa karnego. Z istoty swej jest to działanie zupełnie identyczne z działaniem naturalnem, lecz oczywiście z ogólnej liczby działań, tylko pewna część, przedstawiając interes dla prawa karnego, może wchodzić w rachubę kryminalisty.

Tak czyn, jak działanie, a więc ruch ciała bez woli lub z wolą wywołuje w świecie zewnętrznym pewną zmianę zmysłami dostrzegalną, zmiana ta w świecie zewnętrznym, którą przez działanie pragniemy wywołać — nazywa się skutkiem (Erfolg), czyn może pociągać za sobą następstwo (Folge), lecz nie skutek (Erfolg). Ponieważ skutek

---

[1]) La volition est un mouvement musculaire pour une fin déterminée, tendant accomplir un effet et provoqué par un motif (*Sergi* 413). Por. *Spencer* 526, a także definicye *Paulhana* 118 sq., *Baina* Umysł 74 sq. i *Ribot* Współczesna psychol. 99, 160—162.

[2]) Z. f. g. Str. RW. VIII. 573.

[3]) *H.* I. 578.

jest jednak tylko zmianą w świecie zewnętrznym, nie wchodzi przeto jako taki w skład istoty działania.

Tak więc stwierdzamy: czyn i działanie są tylko ruchem ciała, bez względu na zmiany w świecie zewnętrznym, z ukończeniem ruchu, kończy się funkcya czynu lub działania [1]).

Czyn jak działanie są ruchem ciała, dokonanie przestępstwa wymaga tych ruchów zazwyczaj cały szereg. Otóż pytanie, kiedy mamy kompleks ruchów do dokonania jednego przestępstwa skończony, kiedy ponad jeden kompleks pozostają nam jeszcze inne, mające równe znaczenie dla prawa karnego i będące również wypływem woli — czyli jednem słowem, kiedy mamy do czynienia z jednem

---

[1]) Nie ma z pewnością większej rozmaitości pojęć w żadnym innym dziale prawa karnego, jak w tej wstępnej nauce o czynie i działaniu. To też musimy zestawić dla uzyskania łatwej ewidencyi zasadnicze różnice między naszym poglądem a innymi. Od *Bindinga* i *Büngera* opcit *Hälschnera* pr. Str. R. I. 171, 497 sq., *Schützego* Z. III. 53 sq. różni się pogląd nasz ujęciem Handlung jako konkretnego zjawiska: ruchu ciała.

Od *Lammascha* (Handlung u. Erfolg. Grünhut 9. 221 sq.) ujęciem odmiennem czynu (That) — według L. That jest to wyższy rodzaj Handlung, ten mianowicie, który kończy się skutkiem (Erfolg), według L. skutek wchodzi nawet w skład pojęcia That.

Liszt rozumie pod That (Thun) tylko formę przejawienia się Handlung w odróżnieniu od opuszczenia (Unterlassung Lehrb. VII. Aufl. str. 102 sq. i uwaga 2).

Finger (Strafrecht I. 150) podaje definicyę Handlung w naszem rozumieniu, co do That nie ma sądu samodzielnego, lecz zestawia sumiennie różne sposoby pojmowania.

Krzymuski (I. 169) rozumie pod czynem — objaw życia danego jestestwa jako dzieło woli psychologicznej, działanie jest produktem woli moralnej. Psychofizyologia zna jednak tylko jedną wolę.

Janka (Lehrb. 61, II. Aufl.) identyfikuje Handlung z Thun a That jest tylko äussere Seite des Thuns. Słusznie wydziela Erfolg z pojęcia Handlung. Podobnie *H. Meyer* (Lehrb. IV. Aufl. 173 sq.) rozumie pod That zewnętrzną stronę Handlung (die objective Seite der Handlung).

Wachenfeld jako część istotną działania (Handlung) uważa die Thätigkeit, welche am gewollter Körperbewegung besteht (16 sq.), przyczem skutek (Erfolg) wchodzi w skład tego pojęcia, podobnie *Heinemann* 53.

Hertz Unrecht w §. 13, str. 143 rozbiera pojęcie Handlung jako jede willkürliche Leibesbewegung, wyłączając z pojęcia tego skutek.

przestępstwem konkretnie dokonanem, kiedy zaś z kilku przestępstwami, rozstrzygnąć może tylko ustawa, tworząc pojęcia przestępstw, wymagające ruchów ciała odpowiednich, zakreślając im granice niejako co do jakości i ilości [1]).

W ten sposób przeprowadza ustawa [2]) nawet kombinacye całych kompleksów ruchów, łącząc je w jedną całość i podciągając pod pojęcie jednego przestępstwa, choć każdy kompleks z osobna stanowić może przestępstwo dla siebie. Rabunek obejmuje: *a)* kompleks ruchów konieczny do ścieśnienia wolności, *b)* kompleks ruchów niezbędnych do naruszenia cudzej własności. Zabójstwo może polegać na całym szeregu kompleksów ruchów (w razie t. zw. pobicia), z których każdy mógł stanowić osobne przestępstwo, a w każdym razie był już sam dla siehie sumą ruchów.

Ustawa łączy zatem bądźto kompleksa ruchów różnego gatunku (przestępstwo złożone, zusammengesetztes Verbrechen), bądź tego samego gatunku (1. jedność przestępna dla wspólnego skutku, np. śmierć skutkiem pobicia, 2. prze-

---

[1]) Przykładów na możliwie prosty stan faktyczny (Thatbestand) dostarczają nam ustawodawstwa pierwotne. Nie mówimy już o prawach germańskich ludowych, bo tym atomizowanie stanu faktycznego potrzebnem było do łatwiejszego obliczenia odszkodowania (kompozycyi); weźmy jednak pod uwagę średniowieczne statuta miejskie i tak według włoskich należy ponosić pro qualibet vice, quoties fecerit, per qualunque volta, i to nietylko w wypadkach skargowo-prywatnych, lecz i publicznych przestępstw, jak: zabronione noszenie broni, zaniechanie denuncyacyi (Bologna 1250), gra (Como 1280), przestępstwa urzędowe, powrót wygnanego, zbiegowisko, udaremnienie czynności urzędowej (Pistoja 1284), bluźnierstwo, pederastya (Chianciano 1287), przyjęcie banity (Bergamo), opuszczenie posterunku, naruszenie monopolu solnego (Mirandola 1386). Szczególnie nadaje się do tej atomizacyi obraza czynna i słowna: Ztąd według prawa miasta Cosena (1588) należy płacić karę pro quolibet verborum, a Angelus Aretinus twierdzi, że zachodzą trzy czyny karygodne, jeśli ktoś powie: traditore, falsario, tu m' haî adulterato la mia donna. (Por. *Kohler* Studien III. 293 sq.). Nieinaczej statuta miast północno-niemieckich: według prawa miasta Bremy (Antiqua 1303), każdy powrót skazanego na wygnanie pociąga za sobą karę 10 funtów. Według Alefelder Vogteigericht, jeżeli ktoś wójtowi nie chce oddać broni, za każdy ruch odporny (so oft der vogt nach der Wehr schicket und sie ihm verweigert wird) należy płacić 5 szylingów. (*John* Str. R. in ND. 290).

[2]) Trafnie *Hye* I. 443. Nach dem Sprachgebrauche unseres Gesetzes.

stępstwo zbiorowe — Collectivverbrechen, obejmujące przestępstwo z narowu, z rzemiosła, dla zarobku[1]), 3. przestępstwo trwałe (fortgesetztes Verbrechen)[2]), 4. według

---

[1]) Oczywiście tylko o tyle, o ile rzeczywiście więcej działań dokonano, bo właściwa natura przestępstwa z narowu, dla zarobku, a nawet z rzemiosła może się odbić w jednem działaniu, zwłaszcza przy uwzględnieniu poprzednich ukarań. (Por. *Janka* 162, *Schütze* Z. III. 57 sq.).

Por. zresztą w ustawie austryackiej *a*) §. 176 I. 179, 203, wenn der Thäter sich das Stehlen (Betrügen) zur Gewohnheit gemacht hat. §. 412 bei Raufern von Gewohnheit. *b*) ein ordentliches Gewerbe damit treibender Thäter (§. 174 g), wenn er dieses schädliche Gewerbe länger getrieben (§. 406) unzüchtiges Gewerbe fortsetzen (§. 5 ust. z 24 maja 1885 l. 89) das Gewerbe bereits längere Zeit fortgesetzt (§. 513), Behandlung der Kranken... gewerbsmässig ausübt (§. 343). Por. także §. 4 ust. z 28 maja 1881. *c*) Nach Mass der vorhandenen Menge und der Zeit, in der sie dieses Geschäft getrieben haben (§. 404), dieses schädliche Geschäft fortgesetzt worden (§. 407), vom Zuführen solcher Personen ein Geschäft machen (§. 512).

[2]) W ustawie austr. fortgesetzter Verkehr mit Sklaven (§. 95) bei länger fortgesetzten Gebrauche (§. 27). Sind aber... die Zusammenkünfte... längere Zeit fortgesetzt worden (§. 292). Ogólna okoliczność obciążająca: Die Fortsetzung der strafbaren Handlung durch längere Zeit (§. 263 a).

Panująca teorya (*Köstlin, John, Berner, Schwarze, Merkel, Wachenfeld*) tworzy z pojęcia fortgesetztes Verbrechen kategoryę, mającą byt samodzielny niezależnie od ustawy — nie jest to, według nich, gesetzliche Einheit, lecz samodzielne pojęcie teoretyczne (np. *Wachenfeld* 106) zdaje mi się, że mówić o jedności lub wielości przestępstw, nie oglądając się na pozytywną ustawę, jest pewną dowolnością. Wszak gdyby ustawa nie znała pojęcia Fortsetzung, mielibyśmy do czynienia z szeregiem przestępstw, a nie jednem. Tak np. ustawie niemieckiej z r. 1871 nie jest znanem przestępstwo ciągłe i powtórzone (por. *Buri* Einheit 115, *M. Berner* 96, inaczej *Liszt* 220 uw. 2). Podobnie ma się rzecz w znacznej części kodeksów kantonalnych szwajcarskich. Wszechwładza ustawy za to występuje jaskrawo w kantonie Fryburskim (Freiburg art. 72). Si à raison de leur liaison plusieurs actes constituent le même crime, la peine est augmentée d'un sixieme. Podobnie *St. Gallen* art. 37. Mehrere nacheinander verübte strafbare Handlungen der gleichen Art wie z. B. mehrere Diebstähle, Betrugshandlungen, Körperverletzungen, Eigenthumsbeschädigungen usw. sind zusammenzurechnen und mit einander als ein fortgesetztes Verbrechen... zu bestrafen. (Por. *Stooss* Grundzüge I. 425 Str. G. Bücher 229 sq.). Czyż nie podpadnie pod to tak obszerne pojęcie (liaison lub fortgesetztes Verbr.) nawet t. zw. po-

niektórych ustaw przestępstwo powtórzone (wiederholtes Verbrechen)[1]).

Ustawa, łącząc działania wchodzące w skład przestępstw różnorodnych w jedno przestępstwo złożone, czyni to przez konstrukcyę nowej definicyi, łącząc zaś kompleksa działań jednorodnych w jedną całość, przepisuje wyższą karę (bądź to w specyalnym wypadku danego przestępstwa, bądź w formie ogólnej okoliczności obciążającej), a tem samem implikuje istnienie jednego tylko przestępstwa (surowiej karanego).

Powiedzieliśmy wyżej, że dla prawa karnego ma znaczenie to działanie, któremu znaczenie sama ustawa zechce przypisać, podciągając je pod karę. Działanie, z którem ustawa łączy karę, jest przestępstwem. Gdy przestępstwo jednak, jak widzieliśmy, do zaistnienia swego wymaga całego szeregu ruchów[2]), to dojść musimy do przekonania,

---

wtórzenie przestępstwa? Zdaniem naszem nauka mówi co to jest przestępstwo ciągłe, a co powtórzone, lecz tylko ustawa rozstrzyga, czy ono istnieje (i czy jedno z drugiem według niej nie jest identyczne). *Schütze* zresztą zwolennik tworzenia pojęć przez naukę, nie przez ustawę, czuje się zniewolonym uznać, że w niektórych wypadkach trzeba mówić o przestępstwie trwałem z woli ustawy (Kraft Gesetzes Z. III. 56), np. fałszowanie pieniędzy, lecz podnosi zaraz, że w zasadzie przestępstwo trwałe jest jednością „praktyczną" (also im Gegensatze zu den obengenannten gesetzlichen Einheiten eine praktische Einheit str. 57). Zupełnie trafnie za to *Liszt* 220 nie przeprowadza tego rozdziału, lecz mówi wprost: Die wichtigsten Fälle einer solchen durch das Gesetz geschaffenen Verbrecheneinheit sind: 1) das fortgesetzte Verbrechen... *Buri* (Einheit 38 sq.) oświadcza się w ogóle przeciw istnieniu przestępstwa trwałego nawet teoretycznie.

[1]) Do tych ustaw należy, zdaniem mojem, austryacka, por. §. 412. Nach der öfteren Wiederholung §. 263 b. Die Wiederholung derselben §. 44 b., wenn eben dasselbe Verbrechen wiederholt. Communis opinio (*Krzymuski* II. 197, *Rosenblatt* Strafenconcurr. 82, *Hye* I. 453 sq. *Herbst* I. 123 sq.) uważa powtórzenie w myśl ustawy austr. za zbieg przestępstw realny, jednorodny. Dowód, że ust. austr. uważa przestępstwo powtórzone za jedno przestępstwo, a nie zbieg przestępstw, ośmielimy się przeprowadzić w rozdziale III. Inaczej np. ustawa niemiecka art. 74, dasselbe Verbrechen mehrmals begangen und dadurch mehrere... Freiheitsstrafen verwirkt.

[2]) Mówimy tu o przestępstwie z dopuszczenia, nie z opuszczenia. Stojąc na stanowisku teoryi uznającej przyczynowość opuszczenia moglibyśmy

że jeden ruch, jedno działanie nie ma dla prawa znaczenia, lecz dopiero jeden ich kompleks, tak jak nie ma dla życia znaczenia atom, ani molekuła, lecz większa ich ilość tworząca ciało.

To też, jeżeli używamy wyrażenia przestępstwo jest działaniem (Das Verbrechen ist eine Handlung) to jestto figura retoryczna: pars pro toto, winniśmy mówić przestępstwo składa się z działań, jest kompleksem działań. Ustawa idąc dalej — tworząc z przestępstw dla siebie skończonych — jednostek, połączenia jeszcze bardziej skomplikowane (przest. złożone, zbiorowe) tworzy grupy wyższego gatunku, tutaj mamy do czynienia z kombinacyą całych kompleksów. Jeżeli na kradzież składają się ruchy A, B, C, na ścieśnienie wolności przez gwałt ruchy D, E, F, to rabunek jest nową grupą (A + B + C) + (D + E + F). Służący zabierający panu pieniądze z biurka dokonuje ruchów X, V, Z, przestępstwo ciągłe (fortgesetzt) kradzieży obejmie grupy = (X + V + Z) + (X + V + Z) + (X + V + Z) całość tych grup stanowić będzie jednak także jedno tylko przestępstwo (por. np. §. 173 der Diebstahl — pomimo, że na kilka zawodów aus wiederholten Angriffen).

Działanie mające znaczenie dla prawa karnego, składa się zatem z kompleksu działań, jako ruchów ciała dokonanych z wolą, działanie jako jeden ruch, podobnie jak atom jest raczej pojęciem, prawo karne urządzające życie społeczne musi się liczyć tylko ze zjawiskami podpadającemi pod zmysły, a takiem zjawiskiem jest dopiero kompleks działań, tak jak życie codzienne nie liczy się z atomami, lecz ciałami (grupami atomów).

Działanie przestępne (tak nazywać będziemy działanie mające znaczenie dla prawa karnego) mimo to, że jest sumą lub właśnie dlatego, że jest tylko sumą działań naturalnych,

---

i w tym wypadku twierdzić, że wymaga ono ruchów ciała z udziałem woli (por. wytwarzanie siły pozytywnej i negatywnej *Bindinga*) stojąc jednak na realnym gruncie teoryi nie widzącej w opuszczeniu czynnika kauzalnego, wolimy wyłączyć opuszczenie.

zachowuje ich wszystkie cechy istotne, z których najgłówniejszą jest: oderwanie od skutku (Erfolg)[1].

To też działanie przestępne wywołujące w świecie zewnętrznym pięć nawet skutków równoległych mających samodzielne znaczenie dla prawa karnego (nie powiązanych ze sobą związkiem przyczynowym: np. jedno słowo obraża pięciu ludzi, kula z Mannlicherowskiego karabinu przebija pięć ciał) pozostaje zawsze jednem tylko działaniem przestępnem[2], obojętnem jest zatem, ile jest przedmiotów przestępstwa (Verbrechensobjecte).

Wszechmoc ustawy tworzącej z kilku działań naturalnych dowolnie działanie przestępne, jak również łączącej szereg działań mogących być samodzielnie przestępnemi (kompleksów działań naturalnych) w jedno tylko działanie przestępne, swobodnie zatem dysponujących o ilości i jakości działań naturalnych mających wejść w skład jednego przestępstwa, wszechmoc ta ma swoje granice: ustawa nie może jednego tylko, nie może przeprowadzić procesu odwrotnego: z jednego działania przestępnego jednolitego, lub złożonego z szeregu samodzielnych działań przestępnych, oraz za jedno tylko przestępstwo uznanego stworzyć dwa działania samodzielne.

Jeżeli ustawa nie może rozłożyć przestępstwa złożonego na czynniki składowe, przestępstwa jednolite, to tem

---

[1]) Pod tym względem bardzo trafnie *Hertz* Unrecht. 145 sq. również *Bünger* Z. VIII. 550 i 565 sq. odrywa ein konkretes Handeln od Erfolg podobnie *Seeger* (Goltd. Archiv. XX. 147) za treść Handlung uważa Thätigkeit, por. także *Habermaas* 14 sq. Przeciw temu stanowisku oczywiście cała doktryna hegeliańska *(Köstlin)* szczególnie zaś *Binding* (por. Normen II. 41) według którego Handlung i Zurechnung są identyczne, także *Buri* (Gs. XLI. 431 sq.) *Heinemann* uznaje w zasadzie konieczność oderwania skutku od działania (rein psychologische Betrachtung) lecz w praktyce uważa wewnętrzne wywołanie skutku za istotną część działania. Trafnie *Bekker* Theorie des heut. deutsch. Str. R. I. 245. Die Handlung reicht so weit, wie die Bewegungen des Handelnden selber... Alles was die Bewegungen des Handelnden wirken, ist als Erfolg der Handlung entgegenzusetzen (u Wachenfelda 20).

[2]) Przyczyną tego zjawiska nie jest wcale die Einheit der Willensbethätigung, jak sądzi *Liszt* (Lehrb. 217) lecz istota tego działania jako takiego.

mniej może, kompleks działań wyczerpujących znamiona przestępstwa jednolitego podciągnąć pod pojęcie jeszcze innego przestępstwa jednolitego (dlatego tylko, że ów kompleks nosi na sobie także prawne znamiona innego przestępstwa tak jak z kompleksu działań wchodzących w skład zgwałcenia, stworzyć jeszcze inny kompleks podpadający pod pojęcie kazirodztwa. Przestępstwo jest zjawiskiem świata zewnętrznego, jest działaniem i tak jak według praw fizyki gdzie jest jedno ciało, drugie być nie może, tak gdzie jest jedno działanie, jedno przestępstwo, drugie jest wykluczonem.

Jeżeli X zgwałcił własną córkę, to przestępstwo zgwałcenia obejmuje wszystkie działania dokonane przy akcie spółkowania, kazirodztwo jest równorzędną kwalifikacyą, istniejącą tylko jako pojęcie. Tak zatem niewątpliwie, gdzie zachodzi tylko jeden kompleks działań ustawą uznany za jednolite przestępstwo, tam nie może być drugiego przestępstwa[1]), może zachodzić tylko wątpliwość, którą ustawę karną zastosować. Wątpliwość ta zachodzi tylko w takim razie, jeżeli do zaistnienia jednego lub drugiego przestępstwa z ustaw konkurujących potrzeba jednego i tego samego kompleksu działań: cudzołostwo i kazirodztwo dokonuje się jednakowo szeregiem ruchów wchodzących w skład spółkowania, natomiast w powyższym przykładzie kazirodztwa i zgwałcenia ilość ruchów wchodząca w skład pierwszego ogranicza się do aktu spółkowania, suma ruchów tworząca materyalną podstawę zgwałcenia jest bogatszą o ruchy stanowiące gwałt (ścieśnienie wolności). Gdybyśmy więc chcieli objąć kompleks tych działań pojęciem kazirodztwa, to wyłączyć musielibyśmy jako nie mające znaczenia dla prawa karnego te ruchy ciała, w których tkwiła istota gwałtu (ścieśnienie wolności).

W powyższych przypadkach tj. jeżeli działanie przestępne wyczerpuje znamiona przestępstwa z dwu lub więcej

---

[1]) Bardzo trafnie *Buri* Gs. 35. 520. Die nähmliche Geschlechtsvereinigung kann nicht zugleich ein Stück Nothzucht, ein Stück Blutschande und ein Stück Ehebruch, sondern sie kann wegen ihrer Identität nur das eine oder das andere sein.

różnych, samodzielnych ustaw karnych, z których jedna nie wyłącza drugiej, mamy do czynienia ze zbiegiem ustaw karnych, w tym bowiem razie mamy do wyboru dwie lub więcej ustaw, z których jedna tylko zastosowaną być może. Zbiegu tego nie ma: jeżeli działanie podpada pod dwie lub więcej ustaw, z których jedna tylko wchodzi w rachubę a więc *a)* jedna jest lex generalis, druga specialis (bądź to z powodu wyższej kwalifikacyi, bądź uprzywilejowania np. kradzież i świętokradztwo §. 175 I a. zamordowanie dziecka przez matkę i morderstwo §. 139 i 134), *b)* jedna jest posiłkową wobec drugiej, dokonanie wobec usiłowania cięższego przestępstwa, *c)* jedna jest alternatywną wobec drugiej (por. §. 12 ust. o materyach wybuchowych z 27 maja 1885 l. 134 §. 86 u. k.), *d)* sankcya karna jednej wyklucza i pochłania sankcyę drugiej (zabójstwo §. 140 i zabójstwo w pojedynku §. 161)[1]).

W powyższych przypadkach umiejętność z góry wykazuje sędziemu ustawę, która ma być zastosowaną i nie ma pod tym względem żadnych wątpliwości (Subsumtionszweifel), natomiast w wypadku zbiegu ustaw, tj. w razie jeżeli wchodzące w rachubę ustawy wzajemnie się nie wykluczają, wątpliwość ta zachodzi.

Wątpliwość tę rozwiązuje się biorąc pod uwagę, która ustawa karna uwzględnia więcej działań naturalnych, obejmuje ich większy kompleks (np. w razie zgwałcenia córki przez ojca, ustawa zawierająca karną sankcyę o zgwałceniu uwzględnia więcej działań niż ustawa zakazująca kazirodztwa, bo obejmuje prócz spółkowania, ruchy zmierzające do ścieśnienia wolności), która zatem wymaga dla

---

[1]) *Wachenfeld* 53 sq. *Hiller* Gs. 34. 236 sq. *Liszt* 225 i uw. 3. *Binding* H. I. 256 sq. *Schütze* Z. III. 55 w powyższych wypadkach widzi właśnie zbieg ustaw w odróżnieniu od zbiegu przestępstw idealnego podobnie *Bünger* Z. VIII. 686 sq. który operuje pojęciem unechte Gesetzeskonkurrenz. por. także *Hye* I. 467—511. *Krzymuski* II. 189 sq. który używa wyrażenia „pozorny zbieg przestępstw" scheinbare Concurrenz a także zbieg ustaw karnych (Gesetzesconcurrenz) *Finger* mówi o sg. Gesetzesconcurrenz lecz zna tylko dwa jej typy Alternativität i Subsidiarität (I. 223 sq.) por. *Habermaas* str. 3—7 litera b. c. i 23 sq.

działania przestępnego bogatszego zasobu działań naturalnych [1])

W wypadkach, w których jednak ustawy wchodzące w rachubę obejmują i uwzględniają równy zakres działań (tak kazirodztwo, jak cudzołostwo uwzględniają tylko spółkowanie) nie mamy żadnego kryteryum wyższości jednej ustawy nad drugą; ze względów jednak kryminalnopolitycznych skutecznej represyi przestępstwa wybierzemy ustawę surowszą. Tym sposobem pośrednio stanie się zadość i wymogowi odpłaty (Wiedervergeltung) ponieważ kara surowsza uwzględnia niejako i tę okoliczność, że działanie przestępne obraża dwie lub więcej ustaw.

Stwierdziliśmy, że ponieważ przestępstwo jest przedewszystkiem działaniem (karygodnem), tam gdzie mamy jedno działanie naturalne (choćby je kilka ustaw, niezależnie jedna od drugiej, za karygodne uznawało) tam mamy do czynienia z jednem tylko przestępstwem.

Zaznaczyliśmy już także, że działanie jest ruchem ciała w oderwaniu od skutku, działanie jest tylko ruchem, skutek jest dopiero jego wynikiem (zdziałaniem). Skutkiem tego także i dla działania karygodnego, jako takiego skutek sam jest obojętnym wynikiem [2]). Najlepszym dowodem na powyższą okoliczność jest nauka o usiłowaniu, która do zaistnienia odnośnego pojęcia wymaga tylko działania choć skutek nie nastąpił. (procedere ad actum, non perducere ad effectum). Ruch ciała może więc być działaniem karygodnem, pomimo, że nie wywołał skutku prawnie ważnego. Skutek w ogóle dla prawa karnego nie powinien mieć żadnego znaczenia a wyłącznym czynnikiem, z którym wymiar sprawiedliwości ma się liczyć, ma być tylko działanie (ruch ciała) przejawiające wolę zbrodniczą sprawcy i jego większą lub mniejszą szkodliwość (temibilità). Dla

---

[1]) Podobną myśl wyraża *Liszt* Lehrb. 225. wir wenden jenes Strafgesetz an, welches uns durch die Spannweite seiner Strafrahmen die volle Würdigung der Handlung wenigstens annäherungsweise gestattet; zdaje mi się, że w tem „Würdigung" tkwi więcej moment spirytualistyczny obrazy prawa (Rechtsverletzung), niż realistyczny uwzględnienia działania samego.

[2]) Inaczej *Waehenfeld* w obszernym wywodzie 14 sq.

tego, jeżeli dzisiejsze ustawodawstwa[1]) domagają się surowszej kary w razie cięższego skutku choć niezawinionego, jeżeli niektóre ustawy w ślad teoryi żądają odmiennngo traktowania dokonania niż usiłowania zupełnego, to my w faktach tych nie widzimy, pomimo nieraz pozorów filozoficznej, świadomej celu argumentacyi, pomimo powoływania się na względy kryminalnopolityczne, nic innego jak nieświadome trwanie w reminiscencyach winy przedmiotowej (objective Schuld)[2]) epoki, w której przyczyna identyczną jest z winą[3]). Dla nas jeżeli skutek ma jakie znaczenie, to tylko o tyle, o ile maluje się w nim nastrój psychiczny (animus hostilis), zamiar sprawcy o tyle, o ile drogą refleksu oświetla nam działanie i tegoż wartość. Główny nacisk spoczywa jednak zawsze na działaniu, bo już samo działanie może okazywać, jaki skutek jest zamierzony, jak silne jest natężenie złej woli sprawcy. Położenie bomby w przepełnionym kościele inne mieć będzie znaczenie, niż podrzucenie pod samotnie stojący śpichlerz, pomimo, że w jednym i drugim wypadku skutek nie nastąpił. Tym względem na działanie zawierające w sobie zły zamiar tłumaczyć należy uwolnienie od kary usiłowania nieudolnego, z powodu środka niezdolnego, choć skutek zamierzony mógł być bardzo poważny, działanie bowiem w danym wypadku okazuje tak mało niebezpieczną naturę sprawcy, że ustawa nie uważa za stosowne wpływać na jej poprawę[4]).

---

[1]) Por. austr. §. 86. Wenn aber aus der Beschädigung wirklich ein Unfall... entstanden ist. §. 88 i §. 126. Hat die Gewaltthätigkeit einem wichtigen Nachtheil der Beleidigten an ihrer Gesundheit... zur Folge gehabt. por. §. 128, 130, 148, 167c, 494c, charakterystycznym jest §. 263d. Als erschwerende Umstände eines Vergebens... sind anzusehen: der hieraus wirklich erfolgte Schade (a więc bez względu na to, jaka szkoda była zamierzoną) podobnie ustawodawstwo niemieckie (por. *Liszt* 141 uw. 6).

[2]) Por. *Bünger* Z. VI. 583 sq.

[3]) Por. Staropolskie wyrażenie wina. *Krzymuski* I. 282. (*Linde*) por. odnośnie do dzisiejszego niemieckiego zwrotu: ich bin daran Schuld, *Bar* u GrünhutaIV. opcit.

[4]) Tak pojmnje bezkarność nieudolnego usiłowania także *Stooss* I. 218 i *Kohler* Studien I. 16 sq-

Ponieważ zatem filozoficznie skutek odrywa się od działania, a ze stanowiska prawa karnego znaczenie może mieć (przynajmniej teoretycznie tylko działanie jako odbicie woli zbrodniczej, przeto także dla nauki o zbiegu przestępstw traktować musimy działanie odrębnie bez względu na ilość skutków po niem następujących. Gdzie mamy do czynienia z jednem działaniem, tam bez względu na ilość skutków, mamy jedno tylko przestępstwo.

§. 2. Prócz powyższego zasadniczego szkicu na temat, co nazywamy działaniem (Handlung), który nie pozostaje w zgodzie, przynajmniej w niektórych partyach, z communis opinio doctorum, musimy jeszcze zaakcentować i z naciskiem podnieść kilka prawd banalnych, kilka ogólnie uznanych zasad prawa karnego. Zdawałoby się to pozornie niepotrzebnem i zbędnem. Rozbiór niektórych teoryi dotyczących naszej kwestyi okaże nam jednak, że bywają umysły, potężne niejednokrotnie, które dla oryginalności porzucają prawdy przez innych i przez siebie uznane i pojęciom zasadniczym podsuwają treść odmienną i od tego, co powszechnie uznała nauka i od tego co sami raz stwierdzili. Tak jak historyczny Rechtsgut *Bindinga* jest kameleonem zmieniającym ciągle barwę[1]) tak jeszcze silniej mienią się u niektórych autorów pojęcia Absicht i Vorsatz.

Zamiar i postanowienie są pojęciami dotyczącemi procesu duchowego naszej woli, skierowanego ku wywołaniu w świecie zewnętrznym pewnych zmian. O zamiarze (Absicht) mówimy, kiedy mamy na myśli nastrój woli zmierzający do zaspokojenia jakiejś potrzeby naszej zmysłowej, czy umysłowej objawiającej się w formie pobudki pozytywnej (ideału) mówimy mam zamiar czytania książki Bourgeta, pod wpływem potrzeby zapoznania się z nią. Zamiar jest wynikiem walki pobudki pozytywnej z negatywnemi stąd słusznie nosi u *Siegwarta*[2]) nazwę: Beschluss

---

[1]) Sein Rechtsgut ist ein Proteus, der alle Gestalten annimmt, ein Wort. das heute das, morgen wieder etwas ganz anders bedeutet. *Liszt* Z. f. g. St. Rw. VI. 674.

[2]) Kleine Schriften X. 119 u *Büngera* Z. VI. 308.

zu wollen; kiedy zaś mówimy »zamiar ten we mnie dojrzał« rozpoczął się równocześnie w nas nowy proces duchowy, którego osią jest najlepszy sposób przeprowadzenia owego zamiaru, zmienienia tego co nam jako ideał (Vorstellung) przyświeca, w czyn, bo urzeczywistnienie zamiaru, jest zrealizowaniem ideału [1]). Proces duchowy leżący między zamiarem a urzeczywistnieniem go zwie się postanawianiem a jego rezultat, wynik, postanowieniem (Entschluss, Vorsatz) [2]) według *Siegwarta*: Beschluss des zweckmässigten Mittels, »zakończenie rozwagi zowie sie postanowieniem« [3]). Włóczęga widzi w oknie masarni wiszącą kiełbasę, głód rodzi w nim myśl zjedzenia tej kiełbasy (ideał, pozytywna pobudka) przeciw temu przemawiają inne pobudki negatywne (obawa kary), walka pobudek kończy się zwycięstwem ideału (pobudki pozytywnej), zamiar zjedzenia tej kiełbasy powstał i dojrzał; nowy proces psychiczny zajmuje się szeregiem projektów w jaki sposób zamiar ów urzeczywistnić (postanawianie), projekt wybicia szyby i pochwycenia zręcznego kiełbasy okazuje się lepszym niż wtargnięcie do sklepu i porwanie jej z wewnątrz, zwycięstwo tego projektu jest postanowieniem. Że projekt może być urzeczywistnionym, zamiar zaś nie osiągniętym a pobudka pozytywna (ideał) daleką od zrealizowania, jest oczywiście możliwem, lecz nie odnosi się to do procesu psychicznego przed czynem, ale obejmuje stronę

---

[1]) Por. u *Liszta* (die psycholog. Grundlagen der Krim. Polit. Z. XVI. 484 sq.) Motiv (Beweggrund) ist die Vorstellung des bezweckten Erfolgs oder was dasselbe sagt: die Vorstellung des aus der Handlung erwarteten (vorgestellten) Zuwachses an Lustgefüllen... Dieser Begriff des Motivs deckt sich im wesentlichen mit dem der Absicht.

[2]) Według *Janki* 54 sq. zachodzi różnica między Vorsatz a Entschluss. Pierwszy bezeichnet die Richtung des Wollens auf die Art der Verwirklichung der Absicht (54), drugi geht auf die Ausführung des Vorsatzes (55). Tak więc Vorsatz *Janki*, jest mojem zdaniem, niepotrzebną trzecią kategoryą wsuniętą między Entschluss i Absicht. Vorsatz jest jednak planem już gotowym, rezultatem walki a nie jednym z projektów. Podobne jak *Janka* stanowisko zajmuje *Hälschner* pr. Str. R. I. 124. Na mojem stanowisku stoi: *Max Berner* ne bis in idem 65 sq. i (zdaje mi się) *Krzymuski* I. 314.

[3]) *Bain* u Ribota 164.

zewnętrzną działania[1]) i proces psychiczny po czynie (niezadowolenie).

Zamiar i postanowienie mogą się odnosić tak dobrze do działania prawnie obojętnego, jak i do działania mającego znaczenie dla prawa (rechtlich relevant), a więc także i do działania przestępnego.

Wynika ztąd, że zamiar przestępny i postanowienie przestępne z istoty swej nie są niczem więcej, jak tylko zamiarem i postanowieniem, odnoszącem się do działania mającego znaczenie dla prawa karnego[2]).

Z pomiędzy całego szeregu ludzkich zamiarów i postanowień wyjmujemy te, które odnoszą się do działania przestępnego i nazywamy je zamiarem przestępnym i postanowieniem przestępnem.

Staraliśmy się wykazać, że tak zamiar, jak i postanowienie odnosiły się do pewnego realnego rezultatu[3]), zamiar ma na oku jego osiągnięcie, postanowienie daje materyał pozytywny do jego osiągnięcia w postaci planu działania[4]). Momenta takie, jak obawa kary, chęć doko-

---

[1]) Bardzo jasno i trafnie zestawia *Krzymuski* znaczenie zamiaru i postanowienia dla nauki o usiłowaniu, które jest częściową lub zupełną realizacyą postanowienia bez spełnienia zamiaru por. I. 314 sq. II. 14 21 sq.

[2]) Słusznie *Merkel* Lehrb. 80. Der Begriff des Vorsatzes ist an sich in ethischer und rechtlicher Beziehung farblos. Das vorsätzliche Handeln schliesst ein böses oder rechtswidriges Wollen so wenig in sich wie ein löbliches. Podobnie *Finger* I. 133 sq.

[3]) Tout mouvement provoqué produit un effet donné; si le mouvement est de la classe des mouvements réflexes, l'effet est accidentel dans la conscience de l'être sentant; mais si le mouvement se fait dans une diréction dépendante de l'être sentant luimême, l'effet est alors établi prévu et non plus accidentel dans la conscience Cet effet prévu et établi est la véritable fin de la volition. (*Sergi* 412).

[4]) *Bünger.* Vorstellung u. Wille, oddziela Vorstellung od Wille w procesie psychicznym ponieważ pierwsze jest rezeptiv, drugie tylko produktiv (Z. VI. 305), a z drugiej strony rezultat, będący spełnieniem zamiaru, zależy także od okoliczności zewnętrznych, sądzi: „gewollt" im eigentlichen Sinne (darf) nur das konkrete Handeln, die kausal wirkende Körperbewegung nicht der Erfolg des Handelns hingestellt werden (ib. 321 i 333). Inaczej *Merkel* Lehrb. 79 sq.

nania w ogóle czegoś cnotliwego, mogą mieć znaczenie pobudki, lecz nigdy wchodzić w skład zamiaru i stanowić jego istotę. Jeżeli mam zamiar dać jałmużnę ubogiemu, to źródłem tego zamiaru może być pobudka altruizmu (choćby w tak ogólnej formie, jak chęć dokonania w ogóle czegoś altruistycznego), lecz zamiar odnosić się będzie do dania jałmużny, a postanowienie wskaże, komu, kiedy i jak dać jałmużnę (oznaczoną).

Odwróćmy stosunek: Pobudką działania są popędy niskie lub wprost społecznie szkodliwe: Anarchista, pełen żalu do społeczeństwa, które nie odpowiada jego ideałom, które nie dozwala mu rozwinąć swobodnie własnej indywidualności w kierunkach, w którychby pragnął, uczuwa potrzebę wyrażenia w jakiś sposób zewnętrznie swego niezadowolenia — znajduje sposób, jest nim rzucenie petardy. Powstaje więc w nim zamiar odnośny. Długie rozmyślania wskazują mu sposób, w jaki najlepiej spełni zamiar i zrealizuje ideał głośnego protestu: rzucenie bomby pewnego oznaczonego gatunku w parlamencie w pewnej oznaczonej chwili z danego punktu. W całym tym procesie psychicznym, chęć dokonania jakiegokolwiek czynu zbrodniczego (przypuśćmy nawet świadomość tej kwalifikacyi) mogła stanowić, co najwyżej, pobudkę [1]). O zamiarze naruszenia ustawy karnej, a tem mniej o postanowieniu odnośnem nie ma mowy [2]).

---

[1]) *Maurice Barrès*, przeprowadzając w l'ennemi des lois psychologię anarchisty, wkłada w usta bohatera pobudki typowe: De toute sincerité je me crois d'une race qui ne vaut, que pour comprendre et désorganiser (25—26).

[2]) Że ustawa austryacka z r. 1803 stała na tem stanowisku, najlepszy dowód mamy na owej Einleitung, która w II. ust. mówi: Verbrechen sind gesetzwidrige Handlungen u. Unterlassungen, bey welchen die Absicht eigens auf dasjenige gerichtet ist, was die Sicherheit im gemeinen Wesen verletzt... (*Sr. Maj.* des Kaisers Franz Gesetze. 1816, 316). Co się tyczy ust. z r. 1852, to dowód znamienny mamy na §. 238: Schon die gegen ein Verbot vollbrachte Handlung oder gegen ein Gebot geschehene Unterlassung ist, in soferne sie durch dieses Gesetz dafür erklärt wird, ein Vergehen oder eine Uebertretung, obgleich weder eine böse Absicht dabei nur unterlaufen noch Schaden... oder Nachtheil erfolgt ist. Ustawa ma tu na myśli czystą Norm-

Dlatego musimy stwierdzić z całą stanowczością: zamiar lub postanowienie zwracają się do wywołania zmiany w świecie zewnętrznym, nigdy zaś ich osią nie jest abstrakcyjne naruszenie ustawy (w szczególności karnej) lub abstrakcyjne sprzeciwienie się prawu (Rechtswidrigkeit)[1].

---

widrigkeit, dokonanie czynności, której ustawa zakazuje — odnośny najbardziej typowy przypadek zachodzi przy t. zw. ustawie blankietowej (Blankettstrafgesetz) w rodzaju §. 338, kąpanie się w miejscu zakazanem, lub ślizgawka w porze niedozwolonej. Zachodzi tu niewątpliwie wina po stronie przekraczającego zakaz (bo bez niej poczytanie czynu nie jest możliwem), lecz nie ma według ustawy złego zamiaru, bo ten skierowanym być musi na zmianę karygodną w świecie zewnętrznym, na ową szkodę (Schaden oder Nachtheil) czyjąś. Inna rzecz, że filozoficznie i w tym wypadku zachodzi zamiar: udania się do kąpieli, na lód, lecz ustawa, nie operując tak subtelnemi pojęciami, zaznacza tem dobitniej, że zamiar skierowanym jest na osiągnięciu celu pozytywnego, nie obrazę ustawy.

W tem samem znaczeniu używa §. 1 wyrażenia böse Absicht. Tu występuje kontrast między Vorsatz a böse Absicht jako terminami różnego gatunku bardzo jaskrawo; §. 1 mówi bowiem krótko: Do poczytania przestępstwa potrzeba winy, do poczytania zbrodni trzeba wyższego jej stopnia (dolus), który zachodzi: 1. jeżeli sprawca miał zamiar (böse Absicht, por. §. 374) wywołać to zło (Uebel), które nastąpiło. 2. jeżeli miał zamiar wywołać pewne zło, a wywołał prócz tego, które zamierzał, inne zło, które zwykle następuje lub może nastąpić z działania przez sprawcę dokonanego (dolus indirectus). W obu wypadkach zamiar jest skierowany na zmianę w świecie zewnętrznym. Dolus (Vorsatz) skierowany na samo działanie ma na celu realizacyę zamiaru. Treścią zamiaru jest, jak widzimy, zło (Uebel) w znaczeniu zmiany niekorzystnej (dla społeczeństwa) w świecie zewnętrznym, por. §. 2 f., §. 5, 8, 98 b., por. zresztą *Finger* Lehrb. I. 131 sq., por. Absicht zu schmähen (§. 407), zu tödten (134, 152, 140) Gefahr für das Eigenthum, die Gesundheit oder das Leben eines Anderen... herbeizuführen (§. 6 ust. z 27 maja 1885) die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln (§. 1 ust. z 25 maja 1883 l. 78 D. u. p.) die Vollziehung eines obrigkeitlichen Auftrages zu vereiteln (§. 68, 81) jemanden gesetzwidrig zu begünstigen (§. 197).

[1]) Nawet *Kohler* Studien I. 67 sq., nadając wyrazom Vorsatz i Absicht odmienne nieco znaczenie, (pierwszy jest świadomością skutków, drugi jest życzeniem sobie tychże), bezwarunkowo odnosi oba pojęcia do skutków, które w świecie zewnętrznym sprawca chce wywołać, por. np. str. 75. Bei den meisten Delikten genügt der Vorsatz, also der auf die That gerichtete Wille mit dem Bewusstsein des sicher oder doch höchst wahrscheinlich eintretenden verletzenden Erfolges; sel-

Streszczając nasze uwagi wstępne, stwierdzamy: działanie jest ruchem (właściwie kompleksem ruchów) wynikającym z woli, przestępstwo nie jest niczem innem, jak działaniem (przestępnem) sprzeciwiającem się przepisom, których sankcyę zawiera ustawa karna. Działanie odrywa się od skutku. O ilości przestępstw (działań przestępnych) nie rozstrzyga ani ilość obrażonych samodzielnych przepisów prawa karnego (przepisów, z których każdy znajduje ochronę w osobnej sankcyi), ani ilość skutków (jako zmian w świecie zewnętrznym), lecz tylko, czy dany kompleks ruchów obejmuje sumę ruchów wchodzących w skład jednego czy więcej działań w pojęciu ustawy.

W razie, jeżeli jedno działanie obraża więcej przepisów, znajdujących samodzielną ochronę ustaw karnych, mamy do czynienia ze zbiegiem ustaw (pozornym, jeżeli jedna ustawa wyczerpuje wszystkie znamiona przestępne; rzeczywistym, jeżeli po zastosowaniu jednej ustawy zostaje pewna nadwyżka znamion niewyczerpana przez tę ustawę). Zamiar skierowanym jest na wywołanie zmiany w świecie zewnętrznym, nie zaś na obrazę ustawy lub prawa (porządku prawnego).

§. 2. Przedstawienia postulatów nowożytnej teoryi nie rozpoczynamy od początku wieku XIX., nie sięgamy też

---

tener wird die Absicht verlangt dh. das Motivstreben nach dem bestimmten deliktuosen Erfolge.

Por. także *Merkel* (Lehrb. 80) Speziell hat der Begriff des vorsätzlichen Handelns mit dem der bewussten Verletzung von Rechtsvorschriften an sich nichts zu thun. *Liszt* Lehrb. 153. Der Vorsatz bezieht sich auf die Handlung als die Herbeiführung oder Nichthinderung einer Veränderung in der Aussenwelt, als eines sinnfälligen Ereignisses; nicht aber auf die rechtliche Bedeutung der Handlung. (Por. także treść Absicht -- die durch die Handlung zu bewirkenden Veränderungen in der Aussenwelt 151). Por. także *Janka* II. Aufl. 52 sq. *Hölschner* Preuss Str. R. I. 122 sq. *Krzymuski* I. 314 sq.

Jeżeli do poczytania przestępstwa nie wymagamy nietylko świadomości, że czyn narusza ustawę karną (comm. op. doct.), lecz nawet świadomości, że czyn w ogóle jest bezprawnym (*Liszt* VII., 158), to tem samem dopuszczamy możliwości przestępstw dokonanych bez zamiaru obrażenia ustawy, a nawet prawa w ogóle, czyli zamiar obrażenia ustawy lub prawa nie jest integralną częścią przestępstwa,

wstecz, bo nie mamy zamiaru podawać historyi rozwoju pojęcia zbiegu idealnego, lecz tylko zaznaczyć, jak przedstawiają się postulaty teoryi dziś panującej. Poglądy *Feuerbacha*, *Sandera*, a nawet *Kruga*, jak również sięgając do wieków ubiegłych *Carpzova* i prawników włoskich zostawiamy na uboczu[1]).

Wśród teoretyków doby dzisiejszej ośmielimy się przeprowadzić, celem systematycznego ujęcia panujących poglądów, pewne ugrupowanie: i tak spostrzegamy na punkcie kwestyi czy idealny zbieg w ogóle istnieje, dwa obozy zasadniczo odmienną dające odpowiedź na powyższe pytanie: jeden odpowiada twierdząco (communis opinio doctorum), drugi przecząco (szczupła garstka nowatorów). Drugie kryteryum, według którego postaramy się rozdzielić odnośne konstrukcye, jest zapatrywanie na istotę zbiegu idealnego: co to jest właściwie zbieg przestępstw idealny?

Oczywiście kryteryum to stosować możemy tylko do tego zasadniczego obozu, który na pytanie: czy istnieje zbieg idealny, odpowiada twierdząco.

W obozie tym spostrzegamy, mojem zdaniem, wyraźnie zaznaczone trzy zdania.

Pierwsze: Zbieg idealny przestępstw jest zbiegiem działań przestępnych (nazwijmy teoryę tę teoryą działań, Handlungstheorie).

Drugie: Zbieg idealny jest zbiegiem naruszeń prawa, obraz ustawy (byłaby to teorya naruszeń ustawy, Gesetzverletzungstheorie).

Trzecie: Zbieg idealny jest zbiegiem łańcuchów przyczynowych (Kausalitäten) (a więc teorya łańcuchów przyczynowych, Kausalitätentheorie)[2]).

Obozy zasadnicze znaczyć będziemy literami A. B., trzy zaś zdania w obozie A. cyframi 1. 2. 3.

Tak więc grupa A. 1. obejmuje autorów, jak: *Hälschner*, *John*, *Binding*, *Bünger*, *Schütze*, *Ortman*, *Krzymuski*.

---

[1]) Opracowali je *Wachenfeld* w wielkich rysach (2—12) i *Heinemann* skrupulatnie (8—52).

[2]) Operujemy wyrażeniami niemieckiemi z powodu, że język niemiecki szczególnie się nadaje do jędrnego łączenia w jedną całość kilku pojęć.

W skład grupy A. 2. wchodzą: *Finger*, *Habermaas*, *Loewenstein*, *Rosenblatt* (czterech tych autorów możnaby pozornie sądząc zaliczyć do grupy A. 1., bo operują często pokrewnemi pojęciami), *Merkel*, *Hugo Meyer*, *Berner*, *Jenull*, *Waser*, *Hye*, *Geyer*, *Woringen*, *Budziński*, *Seeger*, *Schwarze*, *Hrehorowicz*.

Do grupy A. 3. należą: *Buri*, *Janka*.

Obóz B. stanowią: *Hiller*, *Kärcher*, *Ortloff*, *Liszt*, *Heinemann*, *Wachenfeld*.

Do przedstawienia każdej teoryi z osobna dołączać będziemy jej krytyczny rozbiór, o ile zawierać ona będzie pewne cechy indywidualne. Ostateczną krytykę zachowujemy na zamknięcie ogólnego rozbioru, przed przejściem do konsekwencyi.

GRUPA A. 1.

Teorya działań przestępnych.

Hälschner[1]) wychodzi ze słusznego zupełnie założenia, że przestępstwo jest z istoty swej działaniem (Handlung I. 489 i 499), dlatego nie można, zdaniem jego, twierdzić, by były dwa przestępstwa tam, gdzie mamy do czynienia z jednem działaniem (I. 496). Pod działaniem (Handlung) rozumie *H.* jednak realizacyę woli (Verwirklichung der Willensbestimmung, Willensäusserung I. 489, 496), działaniem karygodnem zaś jest das schuldhafte Verhalten des Willens (I. 498). Jestto zatem ta definicya abstrakcyjna, która zniewoliła nas do określenia istoty działania.

Działań mamy tyle, ile zamiarów, choćby się urzeczywistniły jednym czynem zewnętrznym (I. 498). Uznaje to *Hälschner* sam, że odkrycie, ile zachodzi zamiarów może być w konkretnym przypadku bardzo trudnem (511), podaje jednak pewne kryterya, a mianowicie: *a)* jeżeli jedna ustawa naruszoną została, a przestępstwo dotyka kilka osób, w ich osobowości (Persönlichkeit), mamy tyle

[1]) Cytujemy według System des preussischen Strafrechts.

zamiarów, ile osób, jeżeli skutek przestępny dotyczy własności, mamy tylko jeden zamiar (511 sq.); *b)* jeżeli ta sama czynność naruszyła kilka ustaw, należy przyjąć tyle zamiarów, ile jest obrażeń prawa, np. kazirodcze cudzołostwo nie jest możliwem bez tego, by winny nie miał zamiaru z jednej strony małżeństwo, z drugiej stosunek moralno-krewieński (sittlich-verwandtschaftlich) naruszyć (513). Wobec tak postawionej kwestyi dalsze operowanie pojęciem Handlung jest ułatwionem. Dlatego to mylnem jest, zdaniem *Hälschnera*, twierdzenie, jakoby jednem działaniem można dokonać kilku przestępstw (509), natomiast jedynie słusznem twierdzenie, że jedną czynnością równoczesną (gleichzeitige Thätigkeit) można dokonać kilku działań (Handlungen).

Wobec tego, że przestępstwo jest działaniem, i że kilka działań można dokonać jednym ruchem, jasnem jest, że według *Hälschnera* nie może być zasadniczej różnicy między t. zw. zbiegiem idealnym a realnym przestępstw. Jeżeli już jednak (soll überhaupt) koniecznie trzeba przyjąć tę różnicę i ten podział, to tkwi jego istota w tem, czy czynność (Thätigkeit), którą dokonano kilku działań (przestępstw) jest równoczesną, czy nie (gleichzeitig) (509).

Oczywiście słabe strony teoryi widoczne są na pierwszy rzut oka: Handlung użyte w znaczeniu jak najbardziej dowolnem (Zurechnung), ilość przestępstw oparta na ilości zamiarów, a choć *Hälschner* powiada: Ueber die Einheit der Handlung hat nur der Handelnde das Recht zu entscheiden und er thut dies durch die Absicht (497), to, jak widzieliśmy, kryterya do osądzenia, ile zamiarów mógł mieć sprawca, był zmuszonym podać *Hälschner* sam (511—513).

Łączyć zaś ilość zamiarów z ilością obrażonych ustaw karnych jest tym błędem, który staraliśmy się uchylić, wykazując, że zamiar jest skierowany na zmianę w świecie zewnętrznym, nie może więc pozostawać w zależności od ilości karnych kwalifikacyi czynu.

John rozwinął i uzupełnił ideę *Hälschnera* w traktacie, który niewątpliwie ze stanowiska logiki jest wzorowym, lecz zarazem skutkiem tego silnie wykazuje, jak

daleko może doprowadzić fałszywe założenie. Przestępstwo polega na działaniu przestępnem (str. 3), w skład jednego przestępstwa wchodzi jeden zamiar (4) i naruszenie jednego prawa (ein angegriffenes Recht 5). Bardzo ważne zaraz otrzymujemy wyjaśnienie: działanie (Handlung) nie jest identycznem z czynnością (Thätigkeit). Skutkiem czego w razie, jeżeli ktoś jednem oszczerczem twierdzeniem naruszył dobrą sławę trzech osób, mamy trzy działania, bo zachodziły w danym wypadku trzy zamiary (drei Verleumdungs-Handlungen müssen wir annehmen, weil drei Absichten des Thäters vorhanden sind (str. 5).

To jedno zdanie przesądza już z góry o tem, czego się dalej dowiemy, bo dalsze wywody są tylko łańcuchem konsekwencyi [1]).

Zbieg przestępstw zachodzi w razie, jeżeli do ukarania przychodzi więcej, jeszcze karą nieobjętych przestępstw (66). Ażeby zbieg zaistniał, potrzeba, aby było więcej zamiarów i więcej naruszeń prawa, w razie zaś, jeżeli tym dwu warunkom stało się zadość trzeci (więcej działań), wynika z poprzednich (Mehrheit des verletzten Rechts und Mehrheit der Absicht begründen selbstverständlich (!) Mehrheit der Handlung) (str. 67). Bardzo jasno występują poglądy *Johna* przy oświetleniu przypadku praktycznego, który znajdujemy w kazuistyce (§. 11 str. 128 sq.): jeden z trybunałów pruskich orzekł, że jeżeli jednem słowem (eine und dieselbe Aeusserung) obrażono kilka osób mamy do czynienia z jednem przestępstwem,

---

[1]) Bardzo znamienne są wnioski *Johna* odnośnie do przestępstwa trwałego (fortgesetztes Verbrechen), ponieważ jest ono jednem przestępstwem, więc obejmuje tylko jedno działanie (Handlung) zawierające w sobie zresztą szereg czynności (Thätigkeiten) (str. 23, 24, 31 i inne), a dalej ponieważ jest jednem przestępstwem, więc traktować je należy jak zwyczajne jedno przestępstwo, a zatem jeżeli ustawy tworzą z trwałości przestępstwa okoliczność obciążającą, popełniają błąd, jeżeli zaś wysnuwa się ztąd wprost ustawową okoliczność obciażającą, błąd jest tem większy (so ist der Fehler ein um so grösserer, str. 36). Oczywiście nie można było dojść do innych wniosków, usuwając czynność (Thätigkeit) na ostatni plan i konstruując jedno tylko działanie. Czy ktoś kradnie na 30 zawodów, czy raz — to według *Johna* wszystko jedno, wina — ta sama!

bo jedno tylko działanie zachodzi. *John* wytyka temu rozstrzygnięciu jako zasadniczy błąd przyjęcie założenia, że »jedno działanie, choć odnoszące się przedmiotowo do większej liczby osób, nie przestaje być jednem działaniem«. Nie działanie zachodziło tu jedno, zdaniem *Johna*, owszem działań było więcej, lecz jeden był tylko środek, którym dokonano obrazy (str. 133).

Cały szereg przykładów przez *Johna* cytowanych ma wykazać (w świetle raz powziętego fałszywego założenia), że naruszenie zasady: tyle przestępstw, ile działań naturalnych doprowadza do zupełnej niepewności i braku konsekwencyi w prawnych rozstrzygnięciach (str. 159).

Domyśleć się łatwo, że autor nie zwracający uwagi na czynność naturalną (Thätigkeit), lecz tylko na obrazę prawa (Rechtsverletzung) pociągającą w »naturalnej« konsekwencyi (selbstverständlich) działanie (Handlung), że autor ten nie może widzieć róznicy między zbiegiem realnym a idealnym. Wszak tu i tam mamy do czynienia z szeregiem obraz prawnych, tu i tam z szeregiem zamiarów a więc tu i tam z szeregiem działań, że zaś w jednym wypadku zachodzi jedna tylko czynność, jedno tylko działanie naturalne, to drobnostka, to nie gra żadnej roli. To też stwierdza *John* konsekwentnie, z całą stanowczością (str. 111) że w dziedzinie rzeczywistego zbiegu przestępstw (w odróżnieniu od zbiegu ustaw w ścisłem tego słowa znaczeniu) musi rozróżnienie na zbieg idealny i realny odpaść. *John* zna tylko zbieg przestępstw i zbieg ustaw. (Verbrechens- und Gesetzeskonkurenz) [1]).

Wprawdzie *John* odrzuca pojęcie zbiegu idealnego, jako nie mającego prawa do samoistnej egzystencyi a to z powodu, że nie różni się cechami kryminalistycznie istotnemi (kriminalistisch wesentliche Merkmale) od zbiegu realnego, to jednak mimo to uznaje, że zachodzi pewna

---

[1]) Na pierwszy rzut oka zdawałoby się, że *John* należy do teoretyków odrzucających istnienie zbiegu idealnego, ponieważ tenże nie jest niczem innem jak zbiegiem ustaw (por. grupa B.), lecz to tylko łudzące pozory, les extrêmes se touchent. Konsekwentny realizm oparty na działaniu naturalnem i radykalnie przesadne operowanie pojęciem abstrakcyjnem działania spotykają się w ostatnich rezultatach.

różnica między pierwszem a drugiem pojęciem: w pierwszym bowiem razie mamy do czynienia z jednym i tym samym środkiem dokonania (die mehreren Verbrechen durch ein und dasselbe Mittel bewirkt werden) a skutkiem tego też równoczesnością (po największej części) skutku przestępnego. Nie są to wprawdzie zdaniem *Johna* wystarczające znamiona do stworzenia osobnego pojęcia, lecz mimo to ich istnienie uznaje. Dlatego na zapytanie, jakie znaczenie *John* przywiązuje do zbiegu idealnego odpowiemy: według *Johna* jest on rzeczywistym zbiegiem przestępstw (wahre Verbrechenskonkurenz) nie mającym jako typ samodzielnego istnienia, lecz raczej zanikającym w obszerniejszem pojęciu zbiegu przestępstw, odróżniającym się tylko tem od t. zw. zbiegu realnego, że zbiegające się przestępstwa mają za podstawę jeden środek dokonania (ein Mittel, poprostu jedną czynność, Thätigkeit).

Wobec tego, że zbieg przestępstw jest według *Johna* zbiegiem działań (Handlungen), że więc jednym środkiem, jedną czynnością można dokonać szeregu działań przestępnych, wypadło *Johna* zaliczyć do reprezentantów grupy A. 1. teoryi działań.

Binding odznacza się fenomenalną dyalektyką, pozwalającą mu konstruować wspaniałe łańcuchy wnioskowania, niezmiernie logiczne, słabą ich stroną bywa zazwyczaj tylko fałszywe założenie. Tak jak jego teorya norm stanowi w dziejach prawa karnego epokę, dzięki swemu nadzwyczaj misternemu przeprowadzeniu, pomimo że punkt wyjścia jest błędnym, tak też i dalsze wnioski, które *B.* z tej teoryi wysnuwa a sięgają one daleko, nie przedstawiają innej wartości jak świetnych przykładów logicznego rozumowania. Teoryą tą *Bindinga* odnośnie do naszej kwestyi zająć musimy się w obszerniejszem przedstawieniu także i dlatego, że odegrała ona rolę pierwowzoru dla całego szeregu innych, będąc równocześnie rozwinięciem najbardziej skończonem teoryi działań. *Binding* przyjmuje za podstawę wszystkich swych konstrukcyi, jak wiemy, normę i delikt. Norma jestto przepis prawny różny od ustawy karnej, w niej nie zawarty, choć przez nią broniony, przykazujący pewne działanie lub wstrzymywanie się od takowego. Normen sind Verbote

oder Gebote von Handlungen[1]). Przestępstwo nie narusza ustawy karnej, lecz normę, ustawa wyciąga tylko z naruszenia tego odpowiednie konsekwencye, przywiązuje do niego skutek — karę[2]). Z ustawy karnej można normę wyprowadzić, bo mając podaną sankcyę za pewien czyn, możemy wysnuć stąd wniosek, że norma zakazuje dokonywać czynów tego rodzaju. Normy jednak mają byt samodzielny, mogą istnieć, choć prawo karania z niemi się nie wiąże i wiązać nie może[3]). Norma jest czystym, niemotywowanym, zwłaszcza przez ustawę karną niemotywowanym zakazem[4]). Naruszenie normy jest deliktem. Jeżeli ustawa karna z danym deliktem łączy karę, powstaje przestępstwo[5])

Są to pojęcia zasadnicze *Bindinga*. Ztąd wysnuwa on łańcuch wniosków.

Jedno przestępstwo zachodzi, jeżeli dany czyn wyczerpuje znamiona jednej ustawy karnej (einmalige Realisirung des Thatbestandes H. I. 254) ponieważ jednemu przestępstwu odpowiada jedna tylko ustawa karna, której znamiona (Thatbestand) zostały zrealizowane. Deliktów może być więcej *a)* tego samego rodzaju α) przestępstwo nałogowe, z interesu, z rzemiosła (H. I. 547—554) β) powtórzone (H. I. 554—560), *b)* różnego rodzaju α) przestępstwo złożone (Normen I. 112 sq.), β) mieszane (Mischgesetz, Mischthatbestände. Normen I. 109) por. austr. §. 486.

Zbieg przestępstw (Verbrechensmehrheit) natomiast zachodzi, jeżeli większa ilość deliktów karygodnych (strafbare Delicte) nie tworzy jednego przestępstwa (H. I. 564.) Aby było kilka przestępstw potrzeba koniecznie kilku deliktów (H. I. 565) kilkakrotnego nieposłuszeństwa wobec normy, wyczerpującego znamiona kilku ustaw karnych lub kilkakrotnie tej samej.

---

[1]) Por. Normen I. 31. 54. sq.

[2]) Kurz: die Norm schafft die rechtswidrige, das Strafgesetz die verbrecherische Handlung. Normen. I. 56.

[3]) *H.* I. 162.

[4]) *H.* I. 164.

[5]) Der Strafgesetzgeber erzeugt also das Verbrechen. Normen I. 55.

Lecz do naruszenia normy potrzeba koniecznie działania (Handlung). Eine Mehrheit von Delicten fordert unbedingt eine Mehrheit von Handlungen. Działanie zaś jestto realizacya woli prawnie ważnej (Verwirklichung eines juristisch relevanten Willens 565). Tyle zaś mamy działań, ile dokonano przestępstw (so viel Verbrechensthatbestände verwirklicht sind, so viel Handlungen liegen vor, nicht mehr nicht weniger 566).

Tak więc nie ilość działań rzeczywistych rozstrzyga u *Bindinga* o ilości przestępstw, lecz odwrotnie ilość tych ostatnich o ilości działań. Każde przestępstwo (delikt zagrożony karą) jest samodzielnem działaniem (selbständige Handlung) jako takie ze swym skutkiem przestępnym (verbrecherischer Erfolg) związane jest odrębnym związkiem przyczynowym (eigene Kausalität). Bardzo znamienny daje nam *Binding* przykład: w wypadku kazirodczego cudzołostwa mamy dwa łańcuchy przyczynowe: 1) spółkowanie krewnego z krewną jest przyczyną kazirodztwa, a splamienie węzłów krwi (Familienschändung) jest skutkiem i 2) spółkowanie małżonka z trzecią osobą jest przyczyną cudzołostwa, złamanie wiary małżeńskiej jest skutkiem. (H. I. 568).

W zasadzie *Binding* przyjmując istnienie zbiegu przestępstw nie chce zgodzić się na podział: zbieg idealny i realny, bo oczywiście dla niego działanie rzeczywiste (natürliche Handlung) nie ma znaczenia, jest wycięciem tylko z większej ilości działań jurydycznych (Ausschnitt aus mehreren Handlungen im Rechtssinne) dla niego też podział na zbieg jednoczynowy lub wieloczynowy jest zupełnie zbędnym, bo osią jego teoryi jest działanie jurydyczne a działań tych może być kilka mimo jednego czynu.

Zarzuty przeciw tej teoryi wynikają już z tego, cośmy wyżej powiedzieli o istocie działania. Rozbiór jej gruntowny rozpoczynać musimy jednak od fundamentów, od normy. Normę można pojmować jako dorozumiany imperatyw ustawy, lecz nie można nadawać jej samodzielnego istnienia, oderwanego od ustawy i czasowo nawet ją wyprzedzającego. Ustawa nie nadaje sankcyi normie już istniejącej, lecz ustawa przez to, że dokonania czynu jakiegoś pod karą

zabrania wskazuje, że czyn jest zabronionym. Norma jest więc tylko nową nazwą, obejmującą zupełnie naturalne z istnienia ustawy wynikające pojęcie[1]). Przyjęcie istnienia normy poza ustawą jest zupełną dowolnością doprowadzającą do równie dowolnych wniosków jak np. ponieważ norma jest ogólną, zakazującą popełniania pewnych czynności, przeto ten zakaz odnosi się nie tylko do spełniania ich dolose, lecz i culpose (H. I. 172), choć ustawa karze tylko popełnienie ich dolose[2]).

Z ujęcia deliktu jako nieposłuszeństwa normie wynika zasadniczo równe traktowanie wszystkich deliktów, bo nieposłuszeństwo jest jedno i to samo[3]), ideę *Bindinga* realizują tylko społeczeństwa o prawodawstwie sakralnem w formie tabu, cherem, sacer itp. karząc jednakowo zbrodniarzy naruszających święte i nietykalne przedmioty[4]). Jeżeli *Binding* tłómaczy powyższe zjawisko: karania różnorodnego przestępstw interesem nierównomiernym, jaki państwo ma w ukaraniu różnych gatunków nieposłuszeństwa[5]), to tworzy on tym sposobem nowe kryteryum (pożytku społecznego) i tem samem obala swą teoryę deliktu, jako czystego nieposłuszeństwa.

Teorya norm *Bindinga* nie da się zastosować wreszcie do tych społeczeństw niskiej kultury, które nie wzniosły się jeszcze na wyżynę sakralną: w społeczeństwach tych reakcya karna następuje ex post, osobnik odnośny nie wie, czy istniała norma czyn nakazująca a społeczeństwo samo trzymając się zasady odpowiedzialności za skutek (Erfolghaftung) karząc nie zastanawia się nad tem, czy poprzednio

---

[1]) Por. *Merkel* Z. f. g. Str. Rw. VI. 514 sq. *Liszt* Lehrb. 51 Note 2, por. odpowiedź *Bindinga* H. I. 161 twierdzącą, że jestto tylko złudzenie, że ustawa tworzy normę.

[2]) Por. *Merkel* ib. 517 sq.

[3]) *Merkel* Lehrbuch 15 sq. Die Normentheorie vermag unter anderen die unterscheidende Behandlung, welche die Verbrechensarten erfahren, nicht verständlich machen.

[4]) Por. moje „das Wesen des Verbrechens“ str. 144 sq., co do germańskiego bannus Friedensbruch *Loeffler* Schuldformen 31 sq.

[5]) Gerade die Strafe ist der Ausdruck und das Mass des Interesses welches der Staat an der Befolgung der einzelnen Gesetze hat (Grundriss I. IV. Aufl. 155).

czynu tego zakazało[1]). Możnaby co najwyżej skonstruować ogólną normę: »nie działaj w sposób dla społeczeństwa szkodliwy«; to ujęcie kwestyi jednak, na które *Binding* z pewnością się nie zgodzi, nie odpowiada jego myśli, że norma zakazuje czynności pewnego oznaczonego rodzaju (Normen, a więc liczba mnoga, sind Verbote und Gebote der Handdlungen (H. I. 156, 159). Okazuje się więc, że reakcya karna nie jest tylko sankcyą normy, lecz że może istnieć bez normy i że może istnieć społeczeństwo mające reakcyę karną a nie mające norm[2]).

Tym sposobem upada zasadniczy punkt wyjścia teoryi *Bindinga*: norma i delikt.

Binding odrzuca pojęcie działania naturalnego, jako pojęcie podłego gatunku (Afterbegriff) tłomacząc, że czem jest działanie poza prawem karnem jest dla niego obojętnem. Dlaczego tak? nie tłomaczy, nie wyjaśnia też czy znaczenie, jakie nadaja pojęciu Handlung, jest rzeczywiście pojęciem prawa karnego, czy inna dowolna konstrukcya nie jest możliwą? Nie potrzebujemy chyba dowodzić, że tworzenie takiego pojęcia działania, ta wyniosłość wobec działania naturalnego sprzeciwiają się najelementarniejszym zasadom kryminalistycznego realizmu[3]).

Illustracyą do czego prowadzi upieranie się przy excentrycznej teoryi dowodzi ów cytowany wyżej przykład kazirodczego cudzołostwa, w którem *B*. dopatrzył się dwu działań dokonanych jednym aktem spółkowania. Że takie postawienie kwestyi urąga pojęciom wytworzonym w spo-

---

[1]) To co mówi *Binding* (Normen I. 69) o t. z. w. czynnościach znamiennych (bei dem ungesetzten Recht hat die Willenserklärung stattgefunden durch konkludente Handlungen) nie rozwiązuje kwestyi; że szereg reakcyi społecznych wytworzy w końcu przekonanie, iż ten lub ów czyn jest karanym, jest jasnem, lecz skąd się bierze pierwsza, druga, trzecia reakcya? zanim przekonanie owo powstało, nikt nie wiedział, że czyn będzie ukaranym a tem mniej, że sprzeciwia się normie!

[2]) Przeprowadzenie tej tezy zastrzegam sobie do rozprawy o „genezie i kolizyach norm karnych", którą przygotowuję, na razie odsełam do materyału zebranego w mej książce Das Wesen: pierwsza faza ewolucyi: Das Verbrechen gegen die Stärkeren, 109—135.

[3]) Słusznie *Heinemann* 60. Einen eigenen juristischen Handlungsbegriff gibt es nicht. Por. wyżej str. 6 sq.

łeczeństwie i że jest kwiatem t. zw. Schulweisheit, doskonale choć spokojnie i krótko wykazał *Schwarze*: pytałem wielu inteligentnych laików, jak się na tę sprawę zapatrują, a zawsze dostawałem odpowiedź: w tym wypadku mamy do czynienia z jednem działaniem [1]).

Na tem nie koniec; argumentacya *Bindinga* zawiera kilka jeszcze charakterystycznych szczegółów.

Binding dla objaśnienia sytuacyi podaje: Von den beiden Handlungen, die hier vorliegen, ist die eine Selbstverwirklichung des Ehebruchvorsatzes und die Verletzung ehelicher Treue ist ihr Schlusserfolg; die andere ist Verwirklichung des davon verschiedenen Vorsatzes der Blutschande und die Familienschändung ist ihr Schlusserfolg.

Już wyżej stwierdziliśmy kardynalną zasadę prawa karnego: zamiar i postanowienie nie zwracają się ku naruszeniu prawa jako takiego, lecz mają na oku pewną zmianę w świecie zewnętrznym. Można mieć zamiar spółkowania, lecz nie można mieć zamiaru naruszenia ustawy karnej zakazującej cudzołostwa a tem mniej równocześnie dwu ustaw, jednej podciągającej pod karę cudzołostwo i drugiej zagrażającej nią kazirodztwo.

Wreszcie *Binding* twierdzi, że w powyższym przypadku mamy do czynienia z dwoma łańcuchami przyczynowymi: der Beischlaf eines Blutsverwandten mit einer Blutsverwandten ist die Ursache des Incests, der Beischlaf eines Ehegatten mit einem Nichtgatten die Ursache des Ehebruchs.

Czy mogą dwa pojęcia pozostawać w związku przyczynowym do siebie? kardynalną podstawą nauki o związku przyczynowem jest, że jedna zmiana w świecie zewnętrznym wywołuje drugą [2]), jedno pojęcie nie może

---

[1]) Der Verfasser hat wiederholt gebildete Laien um Beurtheilung des Falles (Nothzucht-Blutschande-Ehebruch durch dieselbe That) gebeten und stets die Antwort erhalten, dass man nicht drei Verbrechen annehmen könne, es bleibt immer eine Handlung; die verschiedenen Rechtsverletzungen verlangten nur eine strengere Strafe der Handlung Gs. 34 str. 582 por. str. 590.

[2]) Por. np. bardzo trafne zdanie *Fingera* I. 152: Der Versuch metaphysischer Begründung des Ursachenbegriffes gehört nicht in das Strafrecht,

być przyczyną wobec drugiego a to drugie skutkiem wobec pierwszego [1]).

Sprobójmy wytrzymałości teoryi *Bindinga* na zbiegu idealnym jednorodnym, może on tu zachodzić w razie jeżeli ta sama norma kilkakrotnie jednym czynem została naruszoną a nastąpi to, jeżeli więcej dóbr prawnych naruszono (da die Norm Respektirung jedes einzelnen der von ihr geschützten Rechtsgüter fordert 531). Teraz zaczyna się dylemat, kiedy mamy do czynienia z jednem naruszeniem dobra prawnego, kiedy zaś z kilku: czy zachodzi różnica między kłusownikiem, który jednym strzałem powalił trzy sarny a mordercą, który jednym strzałem powalił trzy kobiety? Zdawałoby się, że nie ma. a jednak od czegóż formułka: przedmiotem zabójstwa jest dane życie (danego osobnika-człowieka, ein Leben) przedmiotem kradzieży własność wogóle (das Eigenthum ib. 533). Podstawą rozróżnienia jest stosunek osoby do rzeczy. Ochrona osoby i państwa jest indywidualną, ochrona rzeczy generalną [2]).

Na tem samem stanowisku stoją także inni autorowie przyjmujący zbieg idealny jednorodny [3]), stanowisko to jednak będące furtką w kłopotliwem zresztą położeniu, naszem zdaniem zupełnie nie jest uzasadnionem.

Stwierdziliśmy bowiem już wyżej, że działanie nie jest niczem innem, jak kompleksem ruchów oderwanym od wszystkiego, a przedewszystkiem od skutku. Dlatego,

---

dasselbe hat an das von der Philosophie gewonnene Resultat anzuknüpfen, nach welchem Ursache ist jedes in einem Complex von Erscheinungen zu Tage tretendes Moment.

[1]) Por. *Liszt* Z. f. g. Str. Rw. VI. 693. Słusznie *Wachenfeld* 31. Der Erfolg hingegen ist etwas sinnlich Wahrnehmbares, etwas wirkliches, eine Wirkung und zwar am Ende der relevanten Kausalkette. Podobnie *Ortmann* Archiv f. Str. R. XXXV. 32.

[2]) Hier präcisieren die Normen des Einzelnen Pflichten gegenüber fremdem Vermögen, fremdem Eigen, bestimmten Gruppen von Sachen. Die Individualität des Eigners, des einzelnen Eigenthumsobjektes, des Eigenthumsrechtes ist vom Standpunkte der Norm aus vollständig gleichgiltig 532.

[3]) *Finger* I. 219. *Habermaas* 17—19. *Loewenstein* 21—22. *Schütze* Z. III. 60 sq. *Ortmann* Arch. f. Str. R. 35, 31 sq.

czy skradziono jednym kompleksem ruchów rzeczy należące do trzech właścicieli, czy ofiarą jednego strzału padło trzech ludzi — jest obojętnem, jedno mamy działanie, jedno zachodzi przestępstwo.

Bünger w swym długim, rozwlekłym traktacie Über Handeln und Handlungseinheit (Z. f. g. Str. RW. VIII. 520—588 i 661—722) wychodzi z założenia t. zw. naturalnego czynienia (das natürliche Handeln), pod którem rozumie w najobszerniejszem znaczeniu: postępujący ruch przyczynowej substancyi (nawet roślin i t. p. str. 524), a w najściślejszem (538) świadomą realizacyę woli jednostek biologicznych uduchowionych (beseelt), wreszcie ogranicza wobec prawa zakres owych jednostek biologicznych tylko na ludzi (575); każde czynienie (Handeln) ma skutek lub więcej skutków (Erfolg) stosunek czynienia (Handeln) do skutku wywołanego, nosi u *Büngera* dopiero nazwę działania (Handlung) (569).

To rozróżnienie Handeln i Handlung jest mu bardzo drogiem — polemizuje z *Lisztem* (695) z powodu, że tych dwu pojęć nie oddziela, lecz identyfikuje. Ostatecznie z wywodów jego (566—569 i i.) wynika, że jego Handeln identycznem jest z Tat. »Odkrycie« więc to nowego pojęcia jest czysto illuzorycznem.

Bünger zarzuca *Bindingowi*, że konstruuje pojęcie Handlung z prawa samego (aus dem Recht zu gewinnender Begriff), nie zaś z naturalnej Handlung (580, 586 sq.), argumentując zresztą słusznie, że tą drogą postępując, odrzucając pomoc nauk pomocniczych jak logika, psychologia... schodzi nauka prawa karnego na manowce i traci silną naturalną podstawę, na której tylko może się opierać; to mu wcale nie przeszkadza pojęciem Handlung objąć stosunek działania (Handeln) do skutku, a więc podawać definicyę skrajnie abstrakcyjną.

Odnośnie do naszej kwestyi, czy i kiedy zachodzi idealny zbieg przestępstw przyjmuje *B.*, że idealny zbieg w ogóle istnieje (wolałby nazwę relatywnego, jak znów nazwę absolutnego dla konkurencyi realnej); zachodzi zaś idealny zbieg wtedy, kiedy jednym czynem (Handeln, a więc That por. wyżej) wywołujemy więcej skutków prawnie

ważnych (Mehrheit der rechtlich relevanten Erfolge bei der Identität des Handelns) 703, 711. Ażeby tę definicyę zrozumieć, trzeba oczywiście podać, jak rozumieć należy Erfolg, otóż jestto stary znajomy, poznaliśmy go u *Bindinga* — jestto poprostu Rechtsverletzung. *Bünger* bowiem każe na Erfolg, tak jak Handlungseinheit zapatrywać się ze stanowiska prawa karnego (vom strafrechtlichen Standpunkte aus) i dlatego w przypadku kazirodczego cudzołostwa, sądzi, że tylko statystyk może dopatrzeć się jednego skutku (coitus), kryminalista musi widzieć dwa: den ehebrecherischen Erfolg i den blutschänderischen Erfolg (str. 692).

Dotychczas jest sprawa jasna: *Bünger* uznaje samodzielne istnienie idealnego zbiegu przestępstw, zachodzi on wtedy, gdy jednym czynem naruszono kilka ustaw karnych wzajemnie się niewyłączających lub kilkakrotnie tą samą. Dla zamącenia jednak tego jasnego wyniku i dla oryginalności dodaje dwa twierdzenia: pierwsze znane nam już po części, spodziewać go się należało: ponieważ Handlung jestto stosunek des Handelnsdo skutku (Erfolg), przeto ile skutków, tylko samodzielnych Handlungen — byłoby to zdanie w stylu *Bindinga*, lecz coś bardziej oryginalnego mamy się dowiedzieć, otóż »przesądem jest twierdzenie, że w razie, jeżeli więcej mamy obrażeń normy (Normverletzungen), już ze względów logicznych musimy mieć więcej deliktów« (693); dotychczas uczył nas *Binding*, że delikt to jest właśnie Normwidrigkeit, nie upieram się czy ma racyę, lecz to pojęcie się się utarło, terminologia praktyką oświęcona Delict w tem znaczeniu przyjęła — *Bünger* jednak znajduje, że to jest przesądem, bo Delict ma nie jedno, lecz dwa znaczenia: 1) in concreto oznacza dany czyn (die konkrete That), 2) in abstracto oznacza kwalifikacyę ustawową (?) czynu, a więc zupełnie odrzuca pojęcie *Bindinga* jako naruszenie normy (nie ustawy). *Bünger* pragnie używać pojęcia Delikt w znaczeniu czynu konkretnego, po co? czy nie wystarcza powiedzieć eine konkrete That? wprowadzać nowe znaczenie dla starego wyrazu i ten wyraz wsuwać w miejsce innego o wiele jaśniej rzecz malującego ma na celu chyba

tylko chaos[1]). I rzeczywiście, kto nie zrozumie dobrze, co *Bünger* rozumie przez Handlung, a co przez Delict, zdumieje się nad następującym rezultatem: idealny zbieg przestępstw obejmuje: jeden czyn, lecz więcej Handlungen, więcej strafrechtlich relevante Erfolge, więcej Normwidrigkeiten, a znów tylko jeden Delikt (str. 703).

Wobec tego, że Delikt oznacza u *Büngera* czyn, a nie obrazę normy, że jego Handlung, będąc stosunkiem czynu do skutku prawnie ważnego (obrazy ustawy) pomimo całej krytyki apriorystycznego stanowiska *Bindinga*, pokrywa się z abstrakcyjnem pojęciem Handlung u *Bindinga*, musimy stwierdzić, że *Bünger* podaje znaną teoryę wielkiego mistrza w odmiennej tylko formie. Forma to ani jaśniejsza, ani od wzoru w czemkolwiek wyższa, przeciwnie oprócz wzmiankowanego podsuwania nowych pojęć pod stare termina zarzucić jeszcze musimy, że ujęcie Handlung jako »Relation des Handelns zu dem Erfolge« jako stosunek (stan), a więc jak sam mówi (586) das lediglich im beziehenden Denken vorhandene Element tam, gdzie codzienne używanie i etymologiczne tłómaczenie widzi ruch, działanie, proces (choćby abstrakcyjny jak u *Bindinga*, Verwirklichung eines rechtlich relevanten Willens) jest błędem. Takie podsuwanie innej kategoryi logicznej nie jest dopuszczalnem.

Schütze wychodzi z założenia, że działanie (Handdlung) jestto zachowanie się człowieka przeciwne normom karnym i dlatego na karę zasługujące (Z. III. 53) zresztą identyfikuje czyn z działaniem (por. That vulgo Handlung str. 60 i That bezw. Handlung str. 64 i 52). Jeden czyn może obejmować więcej deliktów, delikt zaś nie jest niczem innem, jak działaniem karygodnem (strafbare Handlung, welche nur der Kürze halber hier als »Delikt« bezeichnet werden mag str. 54). Zdaje się z tego zestawienia

---

[1]) Jeżeli *H. Meyer* używa Delikt w innem niż *Binding* znaczeniu, to zaznacza aż nadto wyraźnie dlaczego, bo Verbrechen jest nazwą dla specyalnej postaci przestępstwa (IV. Aufl. 35 sq.) i wybitnie w tem znaczeniu używa. Motyw zasługujący na uwzględnienie. Podobnie *Merke*. Lehrb. 10 sq.

wynikać na pierwszy rzut oka pewna sprzeczność: jedno działanie zawiera w sobie kilka działań karygodnych (in einer That, mehrere Delikte str. 54). Sprzeczność zniknie z chwilą, gdy zapamiętać zechcemy, że przecież według całego szeregu »filozoficznie« wykształconych teoretyków zachodzi zasadnicza różnica między natürliche a strafbare Handlung. Nie sama kara ich dzieli — to z gruntu różne pojęcia. Dlatego niech nikogo nie dziwi rezultat wyraźnie sprecyzowany (str. 60): Wenn jemand durch eine und dieselbe That (wstawmy vulgo Handlung) verschiedene strafbare Handlungen oder dieselbe strafbare Handlung mehrmals begangen hat. W pierwszym wypadku zachodzi zbieg przestępstw różnorodny, w drugim jednorodny.

Nowość wprowadza *Schütze* przez przejęcie już w nauce o udziale w przestępstwie przeżytej terminologii concursus facultativus et necessarius[1]). I tak zbieg cudzołostwa z kazirodztwem jest concursus necessarius (bo brat chcąc popełnić z siostrą cudzołostwo, musi się także dopuścić kazirodztwa), natomiast podpalając dom, w którym znajdują się ludzie, uśmierca ich sprawca, choć mógł ten rezultat oddzielić od podpalenia, bo z niego nie wynika. Jestto podział stanowczo nieuzasadniony: nie każde cudzołostwo łączy się z kazirodztwem, nie każde podpalenie z morderstwem lub zabójstwem. Wypadki oba zupełnie są do siebie podobne, tak w jednym jak w drugim zbieg okoliczności chce, że nie można popełnić jednego przestępstwa bez drugiego. W danej chwili, kiedy sprawca dany dom podpalał, musiał dopuścić się także morderstwa (zabójstwa).

Schütze znajduje, że tak w wypadku zbiegu jednorodnego, jak różnorodnego mamy do czynienia z kilkoma skutkami (Wirkungen) jednego czynu, który jest wobec nich przyczynowym — skutki te przeciwne ustawie (gesetzwidrig) mogą polegać na abstrakcyjnej obrazie dóbr prawnych (Rechtsgüter), jako to: naruszenia swobodnej dyspozycyi własną osobą, czci niewieściej, związków krwi, związku małżeńskiego (64).

---

[1]) Por. *Krzymuski* Wykład II. 52 sq.

Nie będziemy teoryi *Schützego* rozbierać osobno — nie chcąc popaść w powtórzenie tego, co się już raz powiedziało.

Ortmann stawia kwestyę pod względem metodycznym bardzo zręcznie: tak Delikt (przestępstwo), jak interes prawny (Rechtsgeschäft) podpada pod pojęcie czynności prawnej (juristische Handlung)[1]. Ponieważ jednem działaniem naturalnem (mittels einer natürlichen Handlung) można zawrzeć kilka interesów prawnych (Rechtsgeschäfte) np. na trzy oferty zgodzić się jednym wyrazem: dobrze! dlaczegóżby nie można jednem działaniem naturalnem dokonać kilku przestępstw. Chybaby, dodaje autor, przestępstwo co do istoty różniło się od innych czynności prawnych. Wywód ten chroma, zdaje mi się, w tym punkcie, że do wyrażenia juristische Handlung przywiązuje większe znaczenie, niż powinien. Juristische Handlung jestto poprostu eine natürliche Handlung, welche eine juristische Bedeutung hat, znaczenie to może być podwójne lub potrójne, działanie jednak pozostanie zawsze jedno. Tak nawet dla prawa prywatnego może czynność pewna mieć kilkakrotne znaczenie np. przyjęcia kilku ofert, lecz mimo to będzie jedną tylko czynnością naturalną, dla prawa karnego stanowić obrazę kilku ustaw karnych, lecz mimo to jednem tylko być przestępstwem, nie wynika z tego wcale, by jedna czynność (jedno działanie) zawierała kilka przestępstw. Przestępstwo samo przez się jest więc tylko działaniem naturalnem mającem znaczenie prawne, bo gdyby nie miało znaczenia dla prawa karnego, nie byłoby przestępstwem[2]), czy zaś znaczenie to prawne polega na

---

[1]) Zazwyczaj tworzy się z aktu prawnego (Rechtsgeschäft) pojęcie równorzędne z czynnością prawną (juristische Handlung), por. *Till*, pr. austr. I. 305.

[2]) Doskonale uwydatnił tę istotę czynności prawnej (juristische Handlung) *Till* (prawo prywatne austr. I. 305) w słowach: „jeżeli czynność prawna (działanie ludzkie podjęte bez względu na skutki prawne) zgodną jest z przepisem prawa pozytywnego, nakazującym lub dozwalającym, mówimy o czynnościach dozwolonych (erlaubte Handlungen) — jeśli się sprzeciwia przepisom zakazującym, mówimy o czynnościach zabronionych (unerlaubte, verbotene Handlungen)“;

obrazie jednej ustawy karnej, czy całego ich szeregu, jest obojętnem, nie zrobi z jednego działania przestępnego więcej działań, z jednego przestępstwa, więcej przestępstw.

Na wspólnem z *Bindingiem* co do ostatecznego wniosku stanowisku stoi *Krzymuski*. Przyjmuje istnienie idealnego zbiegu przestępstw (choć bez rezygnacyi *Bindinga*), przyjmuje dalej, że »jeden czyn może nosić na sobie znamiona kilku działań przestępnych (II. 193 sq.), a więc widocznie działanie pojmuje w innem, nie realistycznem znaczeniu. Zachodzi jednak, zdaniem mojem, między *Bindingiem* a *Krzymuskim* różnica w uzasadnieniu tego ujęcia kwestyi. *Binding*, jak wiemy, pod »działaniem« rozumie Verwirklichung eines juristisch relevanten Willens (*H.* I. 565 cyt. u *Krzym.*). *Krzymuski* odsyła nas do I. tomu swego dzieła po objaśnienie, co to jest »działanie«, a tam znajdujemy następujące określenie: »przez działanie pojmujemy wszelki objaw życia danego jestestwa wytworzony przez jego wolę moralną« (I. 169). Pod wolą moralną rozumie *Krz.* »zdolność danego jestestwa poddawania swej woli psychologicznej pod panowanie rozumu lub zmysłów«, czyli poprostu jestto t. zw. wola wolna, możność wybierania między pobudkami. Z nauki o poczytności (I. 285) dowiadujemy się, że wolna wola stanowi obok poznania warunek »naszego zdrowia duchowego, od którego zależy nasza poczytność«.

Tak zatem z tych zupełnie słusznych (przynajmniej według comm. op. doct.) premis przychodzimy do wniosku: działanie tem się charakteryzuje, że do czynu treść jego stanowiącego przybywa wolna wola, warunek odpowiedzialności. Czyn ujmuje *Krzymuski* zupełnie realistycznie: »czynem nazywamy wszystko, co wśród objawów życia danego jestestwa jest dziełem jego woli.

---

w każdym razie jednak istota czynności prawnej tkwi w działaniu ludzkiem, które jest podstawą pewnego zdarzenia (zmiany), por. str. 303. Podobnie *Windscheid* Lehrb. des Pandektenrechts VI. Aufl. I. 182 sq., 322 sq.

Tak czynem jest zarówno spożycie przezemnie obiadu, jak napisanie książki niniejszej«.

Z chwilą, gdy dodamy do czynu więc np. funkcyi fizyologicznej wolną wolę mamy działanie. »Otóż każdy czyn wywołany przez wolę tego ostatniego rodzaju nazywamy działaniem». Weźmy przykład: Ojciec ma piękną córkę, mającą, dajmy na to, lat 12, pragnie posiąść ją fizycznie, walczy jednak z sobą, rozum jego wzbrania mu tego »czynu«, zmysły doradzają, wreszcie ulega — więc zmysły odnoszą zwycięstwo nad wolą psychologiczną, czyli mamy czyn (fizyologiczną funkcyę spółkowania), wywołany przez wolę moralną, a więc działanie, lecz tylko jedno działanie, bo tylko jeden »objaw życia danego jestestwa«.

Tymczasem dowiadujemy się w t. II. str. 195, że »uznamy ojca winnym zgwałcenia niewiasty i kazirodztwa, skoroby zmusił[1]) swoją córkę do zawiązania z nim stosunku płciowego», że zachodzi w tym wypadku zbieg przestępstw jednoczynowy, a uzasadnienie zbiegu przestępstw jednoczynowego polega na tem, że »jeden czyn może nosić na sobie znamiona kilku działań przestępnych« [2]).

A więc konkluzya: mamy dwa działania (pomimo, że nikt, a także i autor nie zechce twierdzić, by jeden coitus zawierał w sobie dwa objawy życia danego jestestwa).

Cóż więc jest przyczyną, że pierwszorzędny dyalektyk tej miary, co *Krzymuski*, mógł popaść w sprzeczność tego

---

[1]) Zmuszenie zachodzi tak w wypadku §. 125 jak i §. 127, bo ustawa przyjmuje u osób niżej 14 lat Willenlosigkeit, por. §. 97 wider den Willen der entführten Person... oder... die noch nicht das vierzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat.

[2]) Dodatek, który opuszczam, „jeżeli stał się przyczyną kilku skutków przestępnych, z których każdy wywołany został przez jego sprawcę w sposób uzasadniający jego winę bądź umyślną, bądź nieumyślną" (II. 193) wobec cytacyi pod 4) *Bindinga*, *H.* I. 565 tłómaczy nam także naturę skutku w stylu *Bindinga* (*H.* I. 568), t. j. jako „juristisch verschiedene Erfolge", a więc mamy w powyższym przykładzie także 2 skutki: shańbienie rodziny (kazirodztwo) i naruszenie prawa swobodnej dyspozycyi płciowej (zgwałcenie) tak jak w znanym przykładzie *Bindinga* (ibidem): Ehebruch-Inzest mamy 2 Schlusserfolge: Verletzung ehelicher Treue i Familienschändung.

rodzaju. Przyczyna prosta: w I. tomie przyjął znaczenie czynu i działania w znaczeniu realistycznem: działanie jestto objaw życia danego jestestwa; w II. tomie, chcąc dojść do tych samych wniosków, co *Binding* obok dawnego pojęcia działania, przyjął niepostrzeżenie pojęcie *Ba.* (*H.* I. 565), by uzasadnić, że czyn może zawierać więcej działań.

GRUPA A. 2.

Teorya naruszeń ustawy.

Finger pomimo, że teorya jego podobnie jak cała książka Das Strafrecht nosi zewnętrzne piętno szkoły *Bindinga*, w naszej materyi, może nieświadomie, stanął po stronie grupy A. 2. Objawia się to w następującem rozumowaniu: przyjmuje on za *Bindingiem*, że przestępstwo jest zachowaniem się przeciwnem normie, a zagrożonem karą przez ustawę (I. 207) pojęcie naruszenia normy a obrazy ustawy nie pokrywają się, pierwsze jest obszerniejszem. Jedno przestępstwo zachodzi, jeżeli znamiona, zawarte w twierdzącej ustawie karnej, zostały urzeczywistnione (einmalige Realisirung des in einem bejahenden Strafgesetze beschriebenen Thatbestandes I. 218)[1].

Zdawałoby się, że otrzymamy dalsze konsekwencye *Bindinga:* przestępstwo może być dokonane tylko działaniem, lecz tyle działań, ile przestępstw, działanie jest realizacyą woli itd. Tak jednak nie jest. *Finger*, stwierdziwszy, że przestępstwo jest realizacyą znamion zawartych w ustawie, wnioskuje logicznie, że mamy zbieg przestępstw, ilekroć do oceny jednym wyrokiem zjawia się kilka przestępstw niekaranych dotychczas, dokonanych przez jedną osobę.

---

[1]) Jestto cytat z *Bindinga* (*H.* I. 524) tak dosłowny, że zachował pojęcie bejahendes Strafgesetz (przeciwieństwo do verneinendes Str. G. *Bindinga* I. 180 sq., zapewniającego bezkarność), o którego istnieniu z samego podręcznika *Fingera* nie możemy się dowiedzieć.

Wspomina dalej o podziale zbiegu przestępstw na jednoczynowy i wieloczynowy, sam jednak głosu w sprawie tego podziału nie zabiera, zaznaczywszy tylko, że spotkał się tenże z zarzutami co do praktycznego znaczenia i teoretycznego uzasadnienia (I. 222). Wobec tego milczenia, wobec okoliczności, że działanie (Handlung) definiuje jako gewollte Körperbewegung (I. 150 sq.), wobec tego, że identyfikuje pojęcia: einthätig i durch eine Handlung hergestellt, mamy wszelkie dane, by twierdzić, że *Finger* nie przejął charakterystycznych dla grupy A. 1. pojęć: że działanie jest realizacyą woli, że czynność jedna może zawierać w sobie kilka działań i że mimo jednego czynu mamy kilka przyczyn i kilka skutków, lecz wobec tego, że istotą przestępstwa jest według *F.* obraza ustawy, zbieg idealny zachodzi, jeżeli jednem działaniem obrażam kilka ustaw — tak więc jest *F.* reprezentantem teoryi obraz ustawy.

Habermaas jest niewątpliwie gorącym zwolennikiem teoryi norm *Bindinga*, wskazuje na to już ta sama okoliczność, że treścią jego studyum jest rozbiór kwestyi idealnego zbiegu nie przestępstw, lecz deliktów w znaczeniu sprzeciwienia się normie (por. str. 1—2). Nie można tego punktu wyjścia nazwać szczęśliwym: delikt (Normwidrigkeit) nie razi nawet u *Bindinga*, jak długo jest funkcyą pomocniczą rozumowania, z chwilą, gdy mu nadamy byt rzeczywisty, rozpoczyna się zamęt, bo co jest normą samodzielną w danem ustawodawstwie nie łatwo dociec. Czy np. §. 486 u. k. austr. ma na myśli ochronę więcej norm czy jednej, czy mamy tu do czynienia z jedną normą: nie będziesz narażał twych wierzycieli na stratę, czy też z całym ich szeregiem: konkurs zgłaszaj zaraz w sądzie, prowadź jako kupiec porządnie książki handlowe, nie rozpoczynaj handlu w stanie obdłużonym itp. — niepodobna rozstrzygnąć. Są to przypadki t. zw. Mischgesetze (*Binding H.* I. 560 sq.); otóż godzi się na to nawet *Binding*, że w takim razie chodzi o ogół tych czynności jako całość (zachowanie się dłużnika wobec wierzycieli) i choć mamy (zdaniem jego) do czynienia z większą ilością różnorodnych

deliktów, a więc naruszeń różnych norm, to jednak przestępstwo jest jedno.

Całkiem inaczej rzecz się przedstawia u *Habermaasa*, który mało troszczy się o przestępstwo, a operuje tylko pojęciem deliktu, przyjmując w analogicznym przypadku (str. 5) zbieg deliktów. Jestto praca żmudna a jałowa, bo jej podstawą hypoteza tylko — zapatrywanie subjektywne, czy mamy do czynienia z jedną czy więcej normami.

Dlatego też *Habermaas* przyjmuje, że w podobnym przypadku zachodzi idealny zbieg przestępstw (§. 73 niem. kod.), ponieważ »w razie przekroczenia przez jeden czyn więcej tych alternatyw, zachodzi więcej naruszeń dóbr prawnych (Rechtsgüterverletzungen identyczne z Normübertretungen 23), a więc ponieważ zachodzi więcej deliktów (karanych), przeto zachodzi więcej przestępstw.

Odwrotnie znów przyjmuje *Habermaas* (str. 24), że w wypadku, jeżeli ktoś podpali dom poświęcony służbie Bożej, w którym znajduje się więcej ludzi (§. 306 l. 1 i l. 3 R. Str. G. B.)[1], mamy do czynienia wprawdzie z naruszeniem dwu ustaw karnych, ale tylko z jednym deliktem, a więc wprawdzie według R. Str. G. B. znajdzie w tym wypadku zastosowanie §. 73, czyli według ustawy zachodzi t. zw. zbieg idealny przestępstw, według *Habermaasa* nie zachodzi on wcale, ponieważ nie ma zbiegu deliktów.

W ogóle przychodzi *H.* do przekonania, że jego pojęcie zbiegu deliktów, którego istotą jest naruszenie więcej norm, jest ciaśniejsze od zbiegu deliktów w pojęciu ustawy, bo ta przyjmuje go także tam, gdzie nie ma więcej naruszeń norm, lecz tylko więcej naruszeń ustaw[2]).

---

[1]) Według *Bindinga* zachodzi tu zbieg przestępstw. *H.* I. str. 560 uw. 1. Nicht (nie zachodzi t. zw. Mischgesetz) bei den zahlreichen Ziffern der Uebertretungs Paragraphen im Verhältniss zu einander.

[2]) Der Begriff des idealen Zusammentreffens der Delikte nach dem deutschen Str. G. B. ist ein weiterer, als der von uns aufgestellte Begriff, indem er nicht nur die Deliktskonkurrenz im eigentlichen Sinne, die eine Mehrheit verletzter Rechtsgüter voraussetzt in sich schliesst, sondern auch die Verletzung mehrerer Strafgesetze ohne mehrfache Rechtsgüterverletzung.

Skutkiem tego widzi się *Habermaas* zniewolonym ten wypadek zbiegu deliktów idealnego, w którym mamy do czynienia z naruszeniem więcej ustaw karnych bez naruszenia więcej dóbr prawnych — nazwać rzeczywistym zbiegiem ustaw (echte Gesetzeskonkurrenz) w przeciwieństwie do pozornego (unechte G. K.), przy którym chodzi tylko o zastosowanie właściwej ustawy (str. 23).

Tak więc mamy na wypadek jednego zewnętrznego działania trzy pojęcia: kilka deliktów i kilka ustaw karnych (idealny zbieg deliktów), jeden delikt, kilka ustaw karnych niepochłaniających się wzajemnie (zbieg ustaw rzeczywisty), jeden delikt, kilka ustaw, z których tylko jedna będzie zastosowaną (zbieg ustaw pozorny) [1]).

Dowolnością jest operować pojęciem deliktu (Normwidrigkeit) w ogóle, bo jak widzieliśmy, ile norm sobie stworzymy, od nas tylko zależy [2]), jeszcze większą dowolnością jest podsuwać ustawie jakieś pojęcie deliktu, kiedy, jak twórca teoryi *Binding* twierdzi, ustawa karna zawiera tylko sankcye karne.

To tworzenie pojęć po za ustawą niezależnie od niej, podsuwanie jej zasad przez nią nigdy niewypowiedzianych, prowadzi do zamętu tylko i do konstrukcyi w tym rodzaju, jak przedstawiliśmy.

Pomimo, że *Habermaas* operuje pojęciami *Bindinga* [3]) w zasadniczej kwestyi od niego odbiega, dopuszcza mia-

---

[1]) Wyraźnie zaznacza ten rezulat na str. 100. Ganz zu trennen ist von dem idealen Zusammentreffen der Delikte die Verletzung mehrerer Strafgesetze durch eine Handlung bei Vorhandensein nur eines Deliktes, die sogen. echte Gesetzeskonkurrenz, die ihrerseits wieder nicht verwechselt werden darf mit der Möglichkeit einen deliktischen Thatbestand unter verschiedene Strafgesetze zu subsumiren, bei der unrichtigerweise wohl auch von Gesetzeskonkurrenz gesprochen wird.

[2]) Zwracamy uwagę, że *Finger* I. 218 widzi w zgwałceniu: przekroczenie więcej norm. Der Verbrechensthatbestand setzt sich z. B. bei der Nothzucht zusammen aus der Uebertretung mehrerer Normen, ja widzę przekroczenie tylko jednej normy: nie naruszaj swobody dyspozycyi płciowej. Czyżby i spółkowanie samo dla siebie sprzeciwiało się normie?

[3]) *Habermaas* idzie dalej niż *Binding*, il est plus pape que le pape même, doprowadził doktrynę do karykatury. To też *Binding* nie bardzo

nowicie zbiegu przestępstw dokonanego jednem działaniem (Handlung).

Przykładając skalpel słusznej krytyki do pojęcia Handlung wytworzonego przez *Bindinga*, *Hälschnera*, *Johna* stwierdza *Habermaas*, że jakkolwiek ujmie się Handlung, czy w znaczeniu obszerniejszem, czy ściślejszem, czy pojmować się pod niem będzie całą działalność sprawcy wraz ze skutkiem, który mu poczytać należy, czy też tylko samą działalność bez skutku, to w żadnym razie nie można pod Handlung rozumieć skutku (Erfolg) samego (str. 15) (w znaczeniu naruszenia ustawy). Stąd wyciąga konsekwencyę (?), że jedna działalność (Thätigkeit) nie może zawierać w sobie więcej działań (Handlungen) natomiast, że jedno działanie (Handlung) może zawierać obrazę kilku norm, naruszenie kilku dóbr prawnych a więc i kilka deliktów.

Nie będziemy wdawać się w polemikę z tak abstrakcyjnem zakreślaniem treści skutku (jako obrazy ustawy), stwierdzamy tylko fakt, że *Habermaas* nie przyjmuje fantastycznego pojęcia Handlung, lecz zupełnie realne i że zbieg deliktów może być według niego dokonany jednem działaniem (Handlung). Z wywodów *Habermaasa* wynika dalej jasno, że przestępstwo zachodzi u niego w takim razie, jeżeli ustawa łączy karę z deliktem (znane stanowisko *Bindinga*) a więc zbieg przestępstw jest zbiegiem deliktów przez ustawę karanych. Ostateczną konkluzyą więc książki *Habermaasa* musi być twierdzenie, że zbieg idealny przestępstw zachodzi w takim razie, jeżeli jednem działaniem obrażono (kilka norm chronionych samodzielnie przez ustawy karne a więc) kilka ustaw karnych lub jednej i tej samej kilkakrotnie (por. str. 21 sq., 78 sq.). Tym sposobem teorya *Habermaasa* należy do grupy A. 2.

Löwenstein[1]) sprzeniewierzył się *Bindingowi* podobnie jak *Habermaas*. Operuje wprawdzie jego pojęciami (por.

---

chce się przyznać do konsekwencyi swej teoryi: Die Abhandlungen von *Habermaas* (und *Loewenstein*) über die Konkurrenz sind Arbeiten tüchtiger Anfänger über ein für sie zu schwieriges Thema und fördern nicht. (*H.* I. 570 Note 1).

[1]) Die Verbrechenskonkurrenz nach dem Reichsstrafgesetzbuch. Rozprawa poświęconą jest właściwie rozbiorowi kwestyi, czy zbieg fał-

str. 10), lecz odrzuca jego ujęcie Handlung, twierdząc słusznie ze stanowiska zewnętrznego, jedynie odpowiedniego do osądzenia pojęcia działania, że przy zbiegu idealnym zachodzi stanowczo tylko jedno działanie (8—9). Stąd zbieg przestępstw idealny ma miejsce, jeżeli jedno i to samo działanie przestępne narusza kilka ustaw karnych (7).

Rosenblatt[1]) zajmując się kwestyą zbiegu kar, nie mógł pominąć milczeniem kwestyi rodzajów t. zw. zbiegu przestępstw, aczkolwiek zupełnie słusznie twierdzi, że dla rozprawy o zbiegu kar, o jego znaczeniu i praktycznem traktowaniu z uwzględnieniem tej nadwyżki intenzywności, która się mieści w wypadku jednoczesnego lub bezpośrednio po sobie następującego odbywania całego szeregu kar, dla tego studyum, zastanawianie się nad gatunkami zbiegu przestępstw (str. 49) i postaciami, które od zbiegu należy odróżnić (str. 44) jest bez znaczenia i bez wartości. Natomiast widocznie uznawał *Rosenblatt* aktualność obu powyższych materyi dla prawa karnego wogóle, skoro choć z umysłu tylko passim sprawę tę traktując, obszerniejszą wzmiankę im poświęcił (str. 36—49) co więcej niedwuznacznie zdanie swe, odnośnie do zbiegu jednoczynowego, wypowiedział. Opiera się ono na powadze *Johna* i *Hälschnera*[2]) i dlatego za punkt wyjścia przyjmuje założenie nie podlegające wątpliwości (unbestreitbar), że jednym czynem (Thatact) można popełnić więcej przestępstw (Delicte) a więc że t. zw. idealny zbieg istnieje. (dass es eine sogenannte ideale Concurrenz gibt).

Że punkt wyjścia *Hälschnera* i *Johna* podlega wątpliwości starałem się już wykazać, teraz tylko ośmielę się zwrócić uwagę, że teorya *Rosenblatta*, mimo powołania się na autorytet tych dwu pisarzy nie należy do ich grupy A 1. lecz do grupy A 2. *R.* przyjmuje bowiem, że jednym

szerstwa monet z oszustwem i fałszowaniem dokumentów jest możliwy a kończy się konkluzyami długiemi, identycznemi ze starem lex specialis, derogat generali.

[1]) Cytujemy według Strafenconcurrenz.

[2]) Wir glauben daher die Frage von der einthätigen Concurrenz, die noch *John* und *Hälschner* so eingehend erörtert haben, hier unerörtert lassen zu dürfen (48).

czynem, można dokonać dwu przestępstw (Delicte), z całej rozprawy wynika, że jego Delict jest identycznem z Verbrechen (por. np. str. 3 Verbrechensconcurrenz-Zusammentreffende Delicte) a nie oznacza wcale naruszenia normy (Normwidrigkeit) wobec tego zaś, że, co tylko za dobre mu poczytać można, wcale nie wprowadza pojęcia działania (Handlung), jako realizacyi woli przestępnej i operuje zupełnie realnem pojęciem That, identyfikując je z Handlung, jego definicya zbiegu przestępstw brzmi: jestto popełnienie kilku przestępstw jednym czynem.

Przestępstwo zaś (str. 44) w znaczeniu pozytywnej ustawy karnej jest działaniem (Handlung) obrażającem ustawę karną. Podstawą zatem zbiegu przestępstw, jest jeden czyn (That) lub jedno działanie (Handlung) obrażające kilka ustaw karnych, stanowiące przez to kilka przestępstw. Jestto zdaniem mojem typowa teorya obraz ustawy (A. 2).

Merkel traktuje o Deliktseinheit und Deliktsmehrheit używając terminu Delikt w rozumieniu przestępstwa dla odróżnienia od Verbrechen, jako najwyższej kategoryi przestępstw, zbrodni[1]); uznaje istnienie zbiegu przestępstw idealnego, zachodzi on mianowicie wtedy, gdy dokonano kilku przestępstw jednem działaniem lub jednym kompleksem działań (Handlungsmehrheit Lehrb. 265 por. Holtzendorffs Handb. II. 579 sq.)

W polemice, którą *Merkel* przeprowadza (Lehrb 270) przeciw tym, którzy w t. zw. zbiegu idealnym przestępstw chcą widzieć jedno tylko przestępstwo, uderza zarzut, jakoby zwolennicy tej teoryi z powodu jednego środka dokonania (? Mittel der Begehung) wnosili na istnienie jednego tylko naruszenia prawa (Rechtsverletzung), zarzut to o tyle nieuzasadniony, że nikt nie przeczy, że prawo przy idealnym zbiegu przestępstw kilkakrotnie zostało obrażonem, a kilka ustaw równocześnie naruszonych, lecz z tego nie wynika, że dokonano kilka przestępstw, bo do zaistnienia przestępstwa prócz cech nieposłuszeństwa wobec

[1]) Lehrbuch str. 10.

ustawy, wymaga się czegoś więcej, działania. (Zręczną jest, choć krótką polemika przeciw teoryi działań A. 1.[1]).

Hugo Meyer[2]) argumentuje dość oryginalnie: niewłaściwem jest dla uzasadnienia zbiegu przestępstw jednoczynowego, rozkładać (*John*, *Hälschner*, *Binding*, *Buri*) jedno działanie na ich szereg; wprawdzie do istoty przestępstwa należy działanie, lecz nie jest koniecznem by działanie to było samodzielnem (jestto zatem system zapożyczania jednego działania do skonstruowania każdym razem innego przestępstwa).

Berner[3]) stawia kwestyę prosto i jasno, idealny zbieg zachodzi, jeżeli jedno działanie zawiera znamiona kilku przestępstw. Jedno jedyne działanie ma miejsce tak dobrze wtedy, kiedy nastąpił jeden tylko skutek noszący na sobie znamiona kilku przestępstw, jak też jeżeli jeden czyn wywołał więcej skutków przestępnych[4]). Podobne przedstawienie spotykamy u *Jenulla*[5]), *Wasera*[6]), *Hyego*[7]), *Budzińskiego*[8]), *Herbsta*[9]). *Geyer* akceptuje je jako panującą doktrynę[10]), podobnie *Woringen*[11]).

Seeger zastanawiając się nad praktyczną kwestyą, czy jest możliwy zbieg zwyczajnej i oszukańczej kredy, stwierdza w przeciwieństwie do *Hälschnera* (a więc teoryi A. 1.), że istotą działania jest sam ruch ciała (Thätigkeit) i to w oderwaniu od skutku, zbieg zaś przestępstw

---

[1]) Por. Holtz. Handb. I. 580.

[2]) Lehrbuch. IV. Aufl. 486 sq.

[3]) Lehrbuch IX. Aufl. 291.

[4]) *Hiller* Grünhut XIII. 142 chce się dopatrzeć w *Bernerze* zwolennika teoryi identyfikującej zbieg idealny ze zbiegiem ustaw.

[5]) Jestto u niego concursus delictorum simultaneus. (Das österr. Crim. R. I. 217).

[6]) Z. f. österr. Rechtsgelehrs 6 sq.

[7]) Das österr. Str. Ges. I. 451 sq.

[8]) O zbiegu str. 50 sq. Autor polemizuje jeszcze z podziałem *Feuerbacha* i *Grolmanna:* zbieg subjektywny i objektywny.

[9]) Handbuch 119 sq. Da nun jedes Verbrechen eine Rechtsverletzung ist so kann von einem Zusammentreffen nur dann die Rede sein, wenn mehrere Rechtsverletzungen vorliegen.

[10]) Holtzendorffs. Rechtslexikon II. 506 sq.

[11]) Ueber den Begriff des fortges. Verbr. str. 1 sq.

idealny zachodzi, jeżeli jedno działanie posiada znamiona karygodne, których jedno przestępstwo nie wyczerpuje (147)

Schwarze[1]) polemizując z *Schützem* w obronie kodeksu niemieckiego, stoi na typowem stanowisku teoryi A. 2. Bardzo słusznie, chcąc udowodnić, że pojmowanie Handlung w rodzaju *Bindinga*, *Hälschnera*, *Johna* jest niedopuszczalnem, powołuje się na zdanie laików, którzy w wypadkach t. zw. idealnego zbiegu przestępstw widzą tylko jedno działanie (590, 582). Podstawą podziału na zbieg idealny i realny jest więc ilość działań. Pewną trudność sprawia *Schwarzemu* kwestya, kiedy zachodzi jedno tylko przestępstwo, kiedy zaś zbieg przestępstw jednorodny idealny, chodzi mianowicie o to. czy prawo raz tylko zostało naruszonem (Rechtsverletzung), czy też częściej. Jestto znana kłopotliwa sytuacya tych autorów[2]), którzy nie odrywają skutku od samego działania. Kwestyę tę podrzędną pozostawia *Schwarze* (588) słusznie rozstrzygnięciu a casu ad casum. Oczywista rozwiązanie jej jest bardzo łatwe z chwilą, gdy przyjmiemy, że o jedności lub wielości przestępstw rozstrzyga jedność lub wielość działań oderwanych od skutku (por. wyżej).

Również słusznie broni *Schwarze* ustawy niemieckiej przed zarzutami niedokładności, ponieważ nie rozstrzygnęła, kiedy naruszonem jest jedno dobro prawne, kiedy więcej. *Schwarze* motywuje milczenie ustawy obawą kazuistyki. Naszem zdaniem poprostu ustawa nie rozstrzygnęła tej kwestyi, bo z naszego stanowiska, będącego także stanowiskiem ustawy niemieckiej, kwestya jest zupełnie jasną. Jednem działaniem można obrazić jedną ustawę (jedno przestępstwo), lub więcej ustaw (także jedno przestępstwo, lecz więcej ustaw konkuruje); jeżeli jednem działaniem obrażając jedną ustawę, popełniamy jedno przestępstwo, cóż nas może obchodzić, ile naruszamy norm, lub dóbr prawnych.

---

1) Gs. XXXIV.
2) Por. wyżej str. 37 i uw. 3.

Hrehorowicz[1]) zajmuje wobec naszej kwestyi bardzo oryginalne stanowisko, zna trzy główne typy zbiegu przestępstw: zbieg idealny (ideelle Verbrechensconcurrenz) realny (reale V. C.) i zbieg procesowy (processuale V. C.) Okazuje się jednak przy bliższem zbadaniu kwestyi, że jego zbieg realny ma znaczenie zupełnie inne, niż mu się powszechnie nadaje. I tak: kiedy zbieg idealny obejmuje jedną czynność (That), jeden skutek (Erfolg) procesowy kilka czynności i kilka skutków, realny jest pojęciem pośredniem między temi dwoma kategoryami; zawiera jedną czynność a kilka skutków. We wszystkich tych przypadkach konkurują oczywiście ustawy karne (Concurrenz mehrerer Strafanwendungsgründe). W wypadku cudzołostwa z córką zachodzi zbieg idealny, bo autor pojmuje skutek (Erfolg) w rozumieniu zmiany w świecie zewnętrznym, w wypadku zabicia jednym strzałem trzech ludzi, zbieg realny, wreszcie ogólnie zbiegiem realnym zwana konstrukcya (kradzież na osobie X., morderstwo na osobie V. i cudzołostwo z Z.) nosi u *Hrehorowicza* nazwę zbiegu procesowego[2]). *Hrehorowicz* przyjmuje więc istnienie zbiegu idealnego a nadto przyjmuje, że takowy zachodzi w razie, jeżeli czyn i jeden skutek pociąga za sobą obrazę kilku ustaw, musimy go zatem zaliczyć do grupy A. 2.

Zamiłowanie podziałów skłoniło *Hrehorowicza* do przeprowadzenia różnicy w obrębie tak możliwie ciasnego zakresu idealnego zbiegu przestępstw. Przyjmuje on jeszcze dwa rodzaje tegoż: alternatywny (alternative V. C.) i kumulatywny (cumulative V. C.). Pierwszy ma miejsce w wypadku, jeżeli zachodzi wątpliwość, którą ustawę zastosować, lecz stosując jedną, wyczerpujemy tem samem wszystkie znamiona przestępne (a więc t. zw. pozorny zbieg ustaw).

---

[1]) Grundlagen 291—304.

[2]) Przez podniesienie kryteryum skutku [Erfolg), jako stanowiącego o zasadniczej różnicy między zbiegiem idealnym a realnym, stanął *Hrehorowicz* najbliżej teoryi *Buriego* (por. niżej str. 55), nie cytowanej jednak u *Hrehorowicza*, *Buri* na tej samej podstawie odróżnia znów zbieg ustaw od zbiegu realnego.

Tak więc uderzenie w twarz jest zbiegiem przestępstw idealnym alternatywnym (obraza czci i uszkodzenie cielesne) a zgwałcenie córki stanowi zbieg idealny kumulatywny.

GRUPA A. 3.

Teorya łańcuchów przyczynowych.

Za twórcę teoryi grupy A. 3. uchodzić może *Buri*, przyjmujący istnienie zbiegu przestępstw idealnego i realnego, lecz odrzucający przyjęte przez panującą doktrynę kryteryum jedności lub różnorodności działania (Handlung); przyjmuje on inne kryteryum, mianowicie jedność lub różnorodność przyczynowości (Causalität). Przyczynowość owa w rozumieniu *Buriego* identyczną jest poprostu z skutkiem czynu prawnie ważnym, jakby po niemiecku się powiedziało: ein rechtlich relevanter Erfolg (używa *Buri* obok Causalität także wyrażenia Wirkung, G. S. 35, 517 sq.). Tak zatem w razie, jeżeli ktoś jednym strzałem zabija dwu ludzi i miał zamiar rzeczywiście obu ich zabić, mamy do czynienia z dwu skutkami prawnie ważnymi, czyli według terminologii *Buriego* (Einheit str. 2) mit zwei Causalitäten (mit zwei Wirkungen G. S. 518), a więc z dwu przestępstwami, ze zbiegiem realnym. Przyznaje *Buri*, że działanie było jedno (eine einheitliche Bewegung), że rozłożyć nie można go na części, lecz, zdaniem jego, sytuacyę ratuje, że działanie miało za podstawę dwa postanowienia (zwei Entschlüsse), a jedno działanie stanowi przewodnik (vermittelt) dla kilku postanowień i skutków, lecz nie łączy ich w jedność (nicht aber zu einer Einheit verbinden kann G. S. 518). Z tego wniosek, że mamy do czynienia w tym wypadku z dwoma przestępstwami (zwei Rechtsverletzungen), które konkurują realnie. Natomiast w razie, jeżeli brat spółkuje z zamężną siostrą, mamy jeden prawnie ważny skutek (Causalität, die nämliche Wirkung), a więc jedno przestępstwo, jedną obrazę prawa (nur eine Rechtsverletzung), podpadającą pod kilka ustaw. (Nur insofern könnte

von einer ideellen Verbrechensconcurrenz geredet werden, als sich nämliche untrennbare rechtsverletzende Causalität unter mehrere Paragraphe des Strafgesetzbuchs subsumiren lässt[1]).

Buri wychodzi z mylnego założenia, że działanie może mieć za podstawę dwa postanowienia (Entschlüsse). Postanowienie, którego istotą jest nastrój woli w kierunku urzeczywistnienia zamiaru (Absicht), nie może być podwójnem, inna rzecz zamiar. Można mieć zamiar wybić okno, a przypomniawszy sobie, że naprzeciw okna wisi lustro, dodać nowy zamiar stłuczenia tego także tym samym kamieniem, zamiar będzie podwójny (Doppelabsicht *Hyego*)[2]), postanowienie wprowadzające podwójny ten zamiar w życie, nastrój woli, by kamień odpowiednio rzucić — jedno. Podwójne postanowienie jestto poprostu contradictio in adjecto.

Podwójny znów skutek jest dla jedności działania okolicznością obojętną, jak wiemy. Przeciwnie *Buri* przesuwa punkt ciężkości z jedności działania, która ma znaczenie dla kwestyi decydujące, właśnie na skutek (jako zmianę w świecie zewnętrznym).

Przyjęcie, że w razie spółkowania z zamężną siostrą, a więc w razie sprzeciwienia się dwu przepisom ustawy, zachodzi jedna obraza prawa (Rechtsverletzung), przy zabiciu zaś dwu ludzi jednym strzałem, dwie obrazy, sprzeciwia się, zdaniem mojem, wprost znaczeniu, jakie nadaje się w życiu codziennem i literaturze wyrazowi Rechtsverletzung[3]).

---

[1]) Einheit str. 4. Jeszcze jaśniej występuje stanowisko to *Buriego* w G. S. 35, 521: Es liegt vielmehr nur eine Concurrenz mehrerer Gesetze vor, die neben einander nicht zur Anwendung gebracht werden dürfen, weil es an einer Mehrheit ihrer Mehrheit entsprechender concretisirter selbständiger Thatbestände fehlt. Will man diese Gesetzesconcurrenz als Idealconcurrenz bezeichnen, so steht nichts im Wege, aber eine andere Bedeutung, als diejenige des Gesetzesconcurrenz kann ihr nicht beigelegt werden.

[2]) Das österr. Str. R. I. 449.

[3]) Słusznie *Hiller* G. S. 32, 204: Eine einzige Rechtsverletzung ist nur da vorhanden, wo eine Handlung unter ein Strafgesetz subsumirt, einen Ueberschuss, der ein oder mehrere Merkmale eines andern Delictbegriffes enthielte, überhaupt nicht aufweist.

Jak widzimy, *Buri* za zbieg idealny (zbieg ustaw) uważa wypadek, w którym jeden skutek prawnie ważny podpada pod kilka ustaw karnych, a mianowicie jest nim t. zw. idealny zbieg różnorodny, natomiast zbieg jednorodny tak idealny, jak realny należy, zdaniem jego, do konkurencyi realnej. Tak więc właściwie *Buri* pod zbiegiem idealnym rozumie naruszenie kilku ustaw jednym skutkiem prawnie ważnym (Causalität), tam zaś, gdzie zachodzi kilka skutków, kilka łańcuchów przyczynowych, widzi zbieg realny; mimo to, nie chcąc z *Buriego* tworzyć grupy odrębnej [1]), a z drugiej strony wobec tego, że jego teorya łańcuchów przyczynowych podjętą i przeprowadzoną została przez *Jankę*, przyłączyliśmy go do tej grupy, choć przyznajemy związany jest z nią węzłem bardzo luźnym.

Janka podjął myśl *Buriego* (teoryę łańcuchów przyczynowych), zmienił ją jednak dość zasadniczo. *Janka* przyjmuje zbieg przestępstw idealny (zbieg ustaw *Buriego*), przyjmuje, że dokonanym jest on jednem działaniem (unrichtig ist es, in den Fällen der einthätigen Konkurrenz

---

Polemika *Heinemanna* 54, 65 sq. z *Burim* wychodzi z mylnego założenia: *von Buri* lässt ausser acht, dass die Einheit der Körperbewegung unter allen Umständen eine Mehrheit von Handlungen ausschliesst (54), podczas gdy *B.* nigdy tego nie twierdził, by przy jednem poruszeniu ciała miały mieć miejsce dwa działania, wyraźnie mówi o eine einheitliche Bewegung, eine Handlung (str. 2), por. str. 10: die für Mehrere erforderliche Causalitäten in eine Handlung zusammenfasst. Również nieuzasadnionym jest zarzut *Wachenfelda* (str. 73): Für eine verschiedene Behandlung des inzestuosen Ehebruchs und der letzterwähnten Beispiele (Tötung Mehrerer durch einen Schuss etc.) ist kein Anlass (por. *Hiller* G. S. 32 str. 202 sichtbar — nicht äusserlich greifbar). Denn in beiden Fällen sind mehrere Erfolge verursacht. W obronę muszę wziąć *Buriego*. Są to wypadki stanowczo różne: przy kazirodczem cudzołostwie mamy do czynienia z jednym skutkiem (Erfolg), a dwu obrazami prawa (Rechtsverletzung) przy zabiciu dwu ludzi jednym strzałem z dwu skutkami a jednem naruszeniem ustawy. Por. także polemikę *Schützego* Z. f. g. Str. RW. III. 63 sq.

[1]) Do grupy A. 2. nie może należeć, bo odrzuca kryteryum jedności lub wielości czynów (Einthätige, mehrthätige VC), do grupy A. 1., bo w wypadku naruszenia dwu ustaw karnych jednym czynem, widzi tylko jeden skutek prawnie ważny, jednę obrazę prawa (Rechtsverletzung), do grupy B., bo uznaje realne istnienie zbiegu idealnego jednorodnego.

die Einheit der Handlung... zu negiren) (164); przyjmuje także, że przestępstwo z natury swej jest naruszeniem normy (strafbare Normübertretung), zbieg przestępstw zachodzi, gdy ta sama norma (dobro prawne) kilka razy lub różne normy zostały obrażone, a więc zbieg przestępstw jednoczynowy zachodzi, gdy jeden czyn narusza bądźto kilka razy tę samą normę, bądź kilka różnych norm.

W jednym i w drugim razie mamy kilka skutków bezprawnych (mehrere rechtswidrige Erfolge) i kilka łańcuchów przyczynowych (Causalitäten).

Różnica między *Janką* a *Burim* tkwi więc 1) w uznaniu starego kryteryum jeden czyn, więcej czynów (zamiast skutków jak u *Buriego*), tudzież 2) w traktowaniu t. zw. zbiegu przestępstw jednoczynowego różnorodnego, tj. wypadku, kiedy jednem działaniem obrażamy dwie samodzielne ustawy: ojciec gwałci córkę. *Janka* przyjmuje tu (inaczej niż *Buri*) wielość łańcuchów przyczynowych. Według *Janki* mamy tu dwa skutki (rechtsverletzende Erfolge — pojęcie *Bindinga* i grupy A. 1.), obraza swobody płciowej dyspozycyi (Verletzung der Geschlechtlichkeit) i naruszenie związku rodzinnego (Störung des Familienbandes).

Ponieważ mamy dwa skutki, przeto istnieć muszą dwa łańcuchy przyczynowe (mehrere Erfolge, mehrere Causalitäten). Jeżeli mamy do czynienia z znaczniejszą ilością naruszeń normy (mehrfache Normübertretung), jeżeli rzeczywiście zachodzi kierunek (woli?) ku kilku skutkom bezprawnym (die Richtung auf mehrere rechtswidrige Erfolge), to okoliczność, że czynnik wchodzący w skład pojęcia kilku przestępstw raz tylko się zjawia, nie może być argumentem przeciw wielości deliktów.

Na ten wniosek w jego stylizacyi spokojnie możemy się zgodzić: istnienie jednego działania nie jest argumentem przeciw wielości deliktów, bo delikt jak norma w znaczeniu *Bindinga* ma jako pojęcie znaczenie pomocnicze, pedagogiczne, nie ma jednak bytu istotnego opartego na realnem zjawisku.

Natomiast zaprotestować musimy przeciw temu wnioskowi, o ile obejmuje on także to, co *Janka* objąć nim

pragnie: jedno działanie nie jest argumentem przeciw równoczesnemu istnieniu kilku skutków bezprawnych i kilku związków kauzalnych.

Nie będziemy tu rozbierać przypadku zbiegu idealnego jednorodnego, bo tym zajęliśmy się przy *Burim*, zaznaczymy tylko, że *Janka* uważa wypadek ten za idealny nie realny zbieg, weźmiemy za to pod uwagę przypadek zbiegu różnorodnego: otóż stwierdziliśmy już wyżej (str. 7 sq. 36 sq.), że pojęcie skutku i związku kauzalnego jest jedno i że nie jest dopuszczalnem mówić o skutku ze stanowiska prawa, tak jak nie można mówić o działaniu jurydycznem, o ile tym pojęciom nadaje się treść odmienną od istoty skutku i działania. Ten zaś wypadek zachodzi u *Janki*, jego rechtswidriger Erfolg nie jestto skutek zewnętrznie objawiający się (zjawisko), który ustawie się sprzeciwia, lecz pojęcie od rzeczywistości oderwane, którego treścią jest Normwidrigkeit.

Skutek musi mieć swą przyczynę, *Janka* nie wspomina o przyczynie wywołującej te fikcyjne skutki (u *Bindinga*, jak widzieliśmy, wypadło przedstawienie lepiej, konsekwentniej) domyślać się każe tylko z owego Richtung auf mehrere rechtswidrige Erfolge, że ma on tu na myśli nastrój woli (Richtung des Wollens, Absicht, Intention, a więc Absicht *Hälschnera*, Vorsatz *Bindinga*).

W takim razie obraz przedstawia się jak następuje:

Przyczyny:		Skutki:
1) zamiar naruszenia normy zakazującej kazirodztwa	spółkowanie	kazirodztwo
2) zamiar naruszenia normy zakazującej gwałcenie	spółkowanie	zgwałcenie

Oczywiście nie potrzebujemy powtarzać, jak sztuczną jest konstrukcya zamiaru naruszenia normy, bo jak widzieliśmy, zamiar czy postanowienie zwracają się do realniejszych skutków, jak naruszenie prawa, mają na oku wywołanie pewnych zmian w świecie zewnętrznym.

B. Teorya odrzucająca zbieg idealny [1]).

Hiller jest obok *Liszta* głównym pionierem teoryi nie uznającej różnicy między zbiegiem ustaw a zbiegiem idealnym przestępstw: tu i tam chodzi bowiem tylko o podciągnięcie jednego działania pod kilka ustaw karnych; różnica zaś polegałaby ewentualnie tylko na tem, że w pierwszym wypadku wątpliwości co do zastosowania ustawy (Subsumtionszweifel) usuwają się na drodze naturalnej, prostej (*H.* ma tu na myśli t. zw. zbieg ustaw pozorny), w drugim zaś stosuje się ustawę grożącą karą najcięższą (Grünhut XIII. 148), w drugim bowiem okazuje się nadwyżka (Ueberschuss) pod jakiekolwiek pojęcie podciągniemy dany czyn przestępny (G. S. 32, 231). W każdym razie tu i tam schodzą się ustawy karne (Collision der Strafgesetze). Zjawisko, że w niektórych wypadkach działanie przestępne nie podchodzi zupełnie pod żadną ustawę karną, lecz zawsze zostawia pewną nadwyżkę, znajduje swą podstawę poprostu w niezupełności naturalnej zresztą i zrozumiałej naszego ustawodastwa (unvermeidliche Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung). Ażeby raz na zawsze dla wszystkich tych przypadków wystawić pewną ogólną regułę i tym sposobem ową ustawodawczą lukę wypełnić, należy przyjąć za zasadę stosowanie ustawy grożącej karą najsurowszą, która wszędzie wchodzić będzie subsydyarnie w akcyę, gdzie materyał działania, stanowiący podstawę wyroku, nie podpada sankcyi karnej jako delictum sui generis, lecz zawsze przy podciągnięciu pod jakąkolwiek ustawę okazuje nadwyżkę, która uwzględnioną być może jedynie w razie wymiaru kary z ustawy najsurowszej (Grünhut XIII. 149).

Kärcher w rozprawie krótkiej, trochę zanadto subtelnej, stoi, zdaniem mojem, na stanowisku identyfikującem zbieg idealny i zbieg ustaw karnych. Wprawdzie z początku

---

[1]) Po części ślady tej teoryi można spotkać już u *Buriego*, wszak z pewnym przymusem mówi o zbiegu idealnym, a radby konstrukcyę tę nazwać zbiegiem ustaw (por. wyżej), zakreśla jednak temu zbiegowi ustaw tak ciasne granice (zbieg idealny różnorodny) i tak odmienną jest jego argumentacya, że nie mogliśmy go do grupy naszej zaliczyć.

(G. S. 35, 482) twierdzi, że czynność naturalna (»eine und dieselbe Handlung« z §. 73 R. Str. G. B.) musi obejmować działania zagrożone w ustawie (die mehreren Handlungen verschiedener Art, welche in den Strafgesetzen mit Strafe bedroht sind), lecz jestto tylko sztuczny wniosek, wynikający z założenia, że ustawa karna nietylko obejmuje groźbę karną (Strafdrohung), lecz także oznaczenie bardziej lub mniej dokładne działania karą zagrożonego, a więc zawiera także — działanie (enthält also eine Handlung). Jasnem jest, że chodzi tu tylko o grę słów, nie bardzo zresztą pożądaną, działanie ustawowe *Kärchera* jestto tylko ogół znamion ustawowych pewnego przestępstwa (tak należy tłómaczyć wyrażenie Begriffsbestimmungen der Handlung).

Że tak jest rzeczywiście, wskazują dalsze wywody naszej kwestyi dotyczące (503), według których zbieg idealny odpowiada dokładnie pojęciu większej ilości znamion cechujących pewne fakta (Mehrheit der auf gewisse Thatsachen anwendbaren Begriffsbestimmungen), a ponieważ wyrazem tych znamion są ustawy, a więc zbieg idealny zawiera zbieg ustaw; gdzieindziej znów (501) twierdzi, że można zamiast zbiegiem ustaw nazwać konstrukcyę tę zbiegiem różnych prawniczych punktów widzenia (verschiedener rechtlicher Gesichtspunkte) [nazwa zresztą nie nowa, bo już u *Kocha* (Institutiones juris criminalis) spotykamy wyrażenie: si idem factum plures admittit inspectiones].

Wobec tego okoliczność, że *Kärcher* używa pojęcia działania jako zawartego w ustawie, że jedno działanie naturalne obejmować może więcej tych w ustawie zawartych działań nie przeszkadza nam wcale zaliczyć *Kärchera* do teoretyków, odrzucających samodzielny byt zbiegu idealnego w oderwaniu od zbiegu ustaw.

Ortloff uznaje, ze między »zbiegiem idealnym« a »zbiegiem ustaw« nie ma różnicy zasadniczej (ein begrifflicher Gegensatz gar nicht bestehe), ponieważ tu i tam to samo jedno działanie podpada pod więcej ustaw karnych, a tylko jedna z nich może znaleść zastosowanie; różnica zaś leży tylko w tem, że w pierwszym przypadku (zbieg ustaw)

sędzia ma podstawę pewną do rozstrzygnięcia w samej ustawie, podczas gdy w drugim (zbieg idealny) brak jest wszelkiego punktu zaczepienia prócz czysto zewnętrznego (surowość zagrożonej kary)[1]. Wobec tego dalsze rozróżnianie i przeprowadzenie podziału na zbieg idealny i zbieg ustaw jest tylko wynikiem tendencyi do systematyzowania. W ogóle bowiem z wywodów *Ortloffa* wynika, że zna on dwa zbiegi idealne: jeden sensu largo identyczny z (t. zw. niewłaściwym) zbiegiem ustaw, drugi sensu stricto obejmujący ten przypadek zbiegu ustaw, przy którym pozastoso waniu jakiejkolwiek ustawy, pozostaje nadwyżka niepokryta.

Liszt wychodzi z założenia, że przestępstwo jest działaniem (216), ustawodawca może także i większą ilość działań podciągnąć pod pojęcie jednego przestępstwa[2]. W każdym razie, jeżeli mamy do czynienia z jednem przestępstwem bez względu na to, czy podstawę tegoż stanowi jedno czy więcej działań, odpowiada mu jedna tylko kara (223), a to także w razie, jeżeli towarzyszy mu szereg jednorodnych skutków, ustawa raz naruszoną została. Trudności powstają, gdy jedno przestępstwo podpada pod kilka ustaw, jestto zbieg ustaw, który może być tego rodzaju, że jedna ustawa uwzględnia działanie wszechstronnie, lub tego rodzaju, że nie wyczerpuje wszystkich znamion działania; w tym ostatnim razie stosujemy tę ustawę, która w przybliżeniu najlepiej odpowiada danemu działaniu. Zbieg przestępstw nie istnieje (Nicht Verbrechenskonkurrenz, sondern Gesetzeskonkurrenz liegt vor). Kilka przestępstw (Verbrechensmehrheit) stoi do siebie w dwojakim stosunku: *a)* recydywy w razie popełnienia nowego przestępstwa tego samego gatunku, po, choćby częściowem, ukaraniu za poprzednie; *b)* realnego zbiegu przestępstw (227). Jak widzimy, cała nauka o zbiegu przestępstw znikła w tem przedstawieniu, opartem na założeniu, że przestępstwo jest przedewszystkiem działaniem.

---

[1]) Arch. f. Str. R. XXXII. 400.

[2]) *Liszt* ma tu na myśli przestępstwo złożone a zapomina, że już owo jedno działanie jest sztuczną jednością, tylko dzięki ustawodawcy. (Por. wyżej str. 10 sq.).

Heinemann przyjmuje, że działanie w ściśle naukowem znaczeniu nie jest niczem innem, jak ruchem ciała, wynikłym z woli, a oderwanym od skutku, praktycznie wziąwszy jednak należy uwzględniać działanie w łączności ze skutkiem (53—54). W normalnych warunkach pokrywa się jedność działania z jednością przestępstwa, zdarzają się jednak przestępstwa zawierające więcej działań naturalnych, zależy to bowiem wyłącznie od ustawodawcy, czy zechce więcej działań ująć w jedno przestępstwo, czy nie (61). Odwrotny jednak stosunek, tj. żeby jedno działanie zawierało więcej przestępstw nie jest możliwym (62), może bowiem wprawdzie nosić znamiona kilku pojęć przestępnych (Verbrechensbegriffe), lecz nigdy nie może obejmować kilku przestępstw w znaczeniu działań karygodnych (strafbare Handlungen), bo te nie są niczem innem, jak działaniami karygodnemi przez porządek prawny szczególnie kwalifikowanemi (63). Sprawca może jednem działaniem naruszyć albo kilka różnorodnych, lub kilka jednorodnych przez prawo chronionych interesów i tem samem albo różnorodne ustawy karne, albo tę samą ustawę karną, lecz więcej razy (71).

Prawo zagraża cały szereg działań karą i nadaje im przez to cechy przestępstwa. Że jednak jedno i to samo działanie nie może być więcej razy karanem, nie wymaga dowodu, bo przewodnią zasadą prawa karnego jest: ne bis in idem (73). Dlatego w razie, jeżeli sprawca naruszył kilka różnych ustaw lub tę samą ustawę kilkakrotnie — kara może być tylko jedna, bo inaczej mielibyśmy podwójną karę przy tem samem przestępstwie. W wypadku zbiegu idealnego różnorodnego mamy zatem jedno działanie, a więc jedno przestępstwo, podwójnie zaś karać jednego przestępstwa nie można (73). Można tylko zastanawiać się nad tem, którą ustawę zastosować z pomiędzy zbiegających się ustaw karnych; jedynym sposobem, choć niezupełnie dokładnym, rozwiązania tej kwestyi jest ukaranie według ustawy przepisującej karę najsurowszą (77).

Zbieg idealny jednorodny nie jest zbiegiem (nawet ustaw karnych), lecz stanowi jedno przestępstwo (78).

Wachenfeld wychodzi z założenia (59), że jednemu działaniu może odpowiadać tylko jedno przestępstwo, bo

jedno działanie pociąga za sobą jeden tylko łańcuch przyczynowości (Kausalkette), gdyby większa ilość skutków tkwiących w jednym łańcuchu przyczynowym pociągała za sobą więcej przestępstw, to do żadnego z nich nie należałoby całe działanie. Słusznie powołuje się na sąd laików, którzy w zamordowaniu trzech ludzi jednym strzałem widziec będą zawsze jedno przestępstwo (por. *Sehwarze*). Równie słusznie polemizuje z zapatrywaniem, jakobyśmy mieli przy t. zw. zbiegu idealnym do czynienia z kilku postanowieniami. Jedno działanie przestępne zawiera w sobie jeden tylko bunt wobec prawa (Auflehnung gegen die Rechtsordnung) (61).

Dlatego też wypadki idealnego zbiegu jednorodnego uznaje za jedno przestępstwo, zaś zbieg różnorodny podciąga pod t. zw. prawdziwy zbieg ustaw (wahre, echte Gesetzesconcurrenz), ponieważ nie ma ustawy, któraby objęła cały stan faktyczny (55) w odróżnieniu od t. zw. pozornego (unechte G. C. 52 sq.), przy którym pozornie tylko ustawy konkurują, jedna odpowiednio zastosowana wyczerpuje wszystkie znamiona czynu.

§. 4. Rozbiór powyższych teoryi. Grupie A. 1. zarzucamy oderwanie pojęcia działania od znaczenia, jakie ma ono w życiu codziennem, skonstruowanie definicyi dla użytku wyłącznie prawa karnego, podczas gdy działanie karygodne różni się tylko tem od działania naturalnego, że ustawa przywiązuje do niego karę, dalej zarzucamy zupełne wypaczenie pojęcia zamiaru i postanowienia (Absicht, Vorsatz) przez skierowanie ich nie na zmianę w świecie zewnętrznym, lecz na abstrakcyjną obrazę ustawy (prawa). Ani zamiar, ani postanowienie dokonania kazirodztwa w celu naruszenia prawa nie istnieje, lecz może istnieć zamiar spółkowania, które w danych warunkach nosić będzie na sobie znamiona kazirodztwa.

Również mylnem jest u autorów tej grupy ujęcie skutku, podobnie nie w znaczeniu zmiany dokonanej w świecie zewnętrznym za pomocą ruchu ciała, lecz w znaczeniu obrazy prawa lub ustawy. Pojęcia również nie mogą nigdy pozostawać wobec siebie w stosunku przyczyny i skutku.

Ogólną cechą teoryi A. 1., jest operowanie t. zw. jurydycznemi pojęciami, stworzonemi dla użytku teoryi, bez uwagi na to, że teorya zajmuje się systematycznem przedstawieniem zasad prawa karnego a prawo karne reguluje stosunki życia codziennego.

Grupa A. 2. wychodzi z założenia, że istotą przestępstwa jest obraza ustawy a więc ilość przestępstw stosuje się do ilości obrażonych ustaw. Zapomina ona o tem, że przestępstwo jest przedewszystkiem działaniem karygodnem, że przy jednem działaniu nie może zachodzić więcej niż jedno przestępstwo.

Grupa A. 3. uważa za istotne dla zbiegu przestępstw, istnienie lub nieistnienie kilku łańcuchów przyczynowych. Teorya ta jednak, o ile konstruuje kilka łańcuchów przyczynowych pızy jednem działaniu z powodu kilku skutków prawnie ważnych chroma o tyle, że najprzód przy t. zw. zbiegu różnorodnym za skutek uważa się zupełnie błędnie obrazę ustawy, przy jednorodnym znów dotwarza się do skutków faktycznych illuzoryczne przyczyny, podczas gdy przyczyna była jedna (jedno działanie). Temi przyczynami mają być różne kierunki woli objawiające się w jednem działaniu. Zamiar jako pojęcie nie może być jednak nigdy przyczyną.

Wobec tego za jedynie słuszną uważamy doktrynę grupy B. z odmianami pewnemi dotyczącemi nie tyle istoty rzeczy, ile przedstawienia.

§. 5. Konsekwencye zasadnicze. Z chwilą gdy przyjmiemy, że t. zw. idealny zbieg przestępstw jest rzeczywiście sumą przestępstw, to w takim razie logicznie przyjąć musimy, że między idealnym (jednoczynowym) a realnym (wieloczynowym) zbiegiem różnicy nie ma. Do tego rezultatu też przyszli w zasadzie teoretycy i szermierze idealnego zbiegu[1]).

---

[1]) Tak *John* fortg. Verbr. 111 diese Unterscheidung eine vollkommen unbegründete sei. *Binding* H. I. 571. Denn nicht nur fehlt jeder Grund, für eine verschiedene Bestrafung der idealen (auch formalen einheitlichen, gleichzeitigen) nnd der realen (auch materialen, mehrheitlichen,

Dalszą konsekwencyą logiczną być powinno, że ponieważ dla prawa ma znaczenie tylko ilość jego naruszeń a obojętną jest ilość działań, traktowanie pod względem kary powinno być identyczne. Od tego mniej więcej uznanego wniosku odstępuje kilku teoretyków *(H. Meyer, Hälschner, Schütze, Berner)* tłómacząc, że jednak fakt popełnienia kilku przestępstw jednem działaniem inaczej się przedstawia, niż fakt popełnienia kilku samodzielnych przestępstw za pomocą odrębnych działań, bo przecież do dokonania kilku odrębnych czynów ustawą zabronionych, większego trzeba natężenia woli, niż do jednego (»beharrlicheren also intensiveren verbrecherischen Willen«)[1]), bo przecież ustawodawca przepisując karę za przestępstwo miał na myśli samodzielną obrazę prawa (selbständigen Rechtsbruch, selbständige Handlung[2]).

Binding nie może się nietylko pogodzić z myślą łagodniejszego traktowania idealnego zbiegu, lecz wręcz oświadcza, że dokonanie kilku przestępstw jednem działaniem, powinno raczej dowodzić większego natężenia woli przestępnej[3]).

---

successiven) Konkurrenz, sondern auch ihre Scheidung ist die unglücklichst denkbare. *Hälschner* pr. Str. I. 509. ihr (der idealen C.) Unterschied von der sq. realen Concurrenz ein durchaus unhaltbarer ist. Por. *Bünger* Z. VIII. 696. *Rosenblatt* 44, 48. *Merkel* 270. Eine sachliche Bedeutung kommt also der bei der idealen Konkurrenz gegebenen Einheit der Handlung an sich nicht zu por. str. 269. *Buri* Einheit 4 sq.

Habermaas uznaje różnicę (begriffliche Scheidung 17) lecz nie uznaje odmiennego traktowania pod względem kary (strafrechtliche Behandlung) 81 sq. podobnie *Janka* 164, 166 i *Krzymuski* (wynika z zestawienia II. 192 sq. i 203 sq.)

[1]) *Schütze* Z. f. g. Str. Rw. III. 88.

[2]) *Hälschner* pr. Str. R. I. 515 sq. (inaczej D. Str. R. I. 676).

Przeciwko temu stanowisku (podówczas tylko przez *Hälschnera* zajmowanemu) występuje ostro *John* fortg. V. 112 sq. zarzucając mu brak konsekwencyi. Zdaje mi się, że ma w danym wypadku słuszność.

[3]) Charakterystycznym jest następujący ustęp: Nicht einmal lässt sich sagen dass bei der Idealkonkurrenz im Durchschnitt die strafmindernden, bei der Realkonkurrenz aber die straferhöhenden Momente überwiegen. Im Gegenteil ausserordentlich häufig zeigt grade die Idealkonkurrenz eine erschreckende Nichtachtung der zu verbundencr also um so sichrerer Wirksamkeit berufenen Pflichtmotive. Grössere Körperkraft, grössere Ge-

Wyrok zapadać ma na oba przestępstwa i przestępstwo mniej karygodne może stanowić podstawę dla oceny, czy zachodzi powrót do przestępstwa[1]).

Konsekwencyą teoryi negującej istnienie zbiegu przestępstw idealnego a przyjmującej tylko zbieg ustaw karnych, musi być porzucenie wogóle kwestyi, jaki system ukarania należy zastosować kumulacyi, czy absorpcyi, czy który z pośrednich a to dlatego, bo przy jednem przestępstwie, nie może być mowy o zbiegu kar, natomiast pozostaje zadaniem sędziego wybór ustawy, która najlepiej przestępstwu odpowie, przyczem z natury rzeczy ustawa zagrażająca najsurowszą karę (pod względem trwania lub rodzaju) wejdzie w zastosowanie; z chwilą gdy sędzia raz ustawę daną zastosuje, okoliczność, że dane działanie podpadać może także pod inną ustawę, jest zupełnie obojętną, nie może stanowić nawet punktu zaczepienia dla ewentualnego karania recydywy[2]).

---

schicklichkeit greift zur Idealkonkurrenz, weil sie durch eine Handlung so viel auszurichten weiss, wie geringere Kraft und geringere Geschicklichkeit durch mehrere. (H. I. 576). Doskonałą replikę daje na powyższą argumentacyę *Liszt* Z. VI. 697.

[1]) Schuldigerklärung auf sämmtliche ideell konkurrirende Verbrechen zu erstrecken ist... auch das geringere der ideell konkurrirenden Verbrechen die Voraussetzungen des Rückfalls zu begründen vermag. *Ortmann* Archiv. f. Str. R. str. 34.

[2]) *Liszt* Lehrbuch 225 sq. *Heinemann* 95 sq.

ROZDZIAŁ II.

Idealny zbieg przestępstw w prawie germańskiem [1]).

Keine Wissenschaft des bestehenden Rechts ohne geschichtliche Grundlage.
Loening.

Chcąc zrozumieć ustawę, musi się ją brać pod uwagę na tle rozwoju dotychczasowego prawodawstwa danej grupy społecznej a także o ile możności w łączności z tem, co po niej następuje lub nastąpić ma (projekty ustawy nowej). W ten tylko sposób można dociec, jakim jest duch ustawy, można zrozumieć myśli niejasno wyrażone, można wreszcie poznać, czy ustawa z umysłu pewnych kwestyi nie poruszyła, czy też ich poprostu nie rozwiązywała, bo nie wiedziała o ich istnieniu, w ten sposób można zrozumieć jej milczenie i pewne niedomówienia. Oświetlenie historyczne nie jest wprawdzie jedynym sposobem interpretacyi ustawy a geneza danego tworu kodyfikacyjnego jest dla sędziego obojętną, skoro ma do czynienia z gotową ustawą, to jednak

---

[1]) Oprócz literatury przytoczonej przy rozdziale I. (*John*, *Hiller*, *Heinemann*, *Kohler*) czerpaliśmy z książek:

Brunner Heinrich: Deutsche Rechtsgeschichte I. 1887. II. 1892. *Caspar Carl Johannes:* Darstellung des strafrechtlichen Inhaltes des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts 1892. (Diss.) *Loeffler Dr. Alexander:* Die Schuldformen des Strafrechts 1895. *Osenbrüggen Ed:* Das Alamanische Strafrecht im deutschen Mittelalter 1860. *Schreuer Dr. Hans:* Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten 1896. *Schröder Richard:* Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 1889. *Wilda Wilh. Ed.:* Das Strafrecht der Germanen 1842.

interpretacya historyczna niewątpliwie bardzo jest pomocną tam gdzie interpretacya gramatyczna i logiczna nie daje rezultatu pewnego [1]).

Dla ustawy austryackiej tłem musi być zawsze historya rozwoju pojęć prawnych świata germańskiego, ustawodawstwo austryackie zwłaszcza ustawa karna z r. 1852 sięga podstawami swemi aż do XVIII. wieku, do czasów, kiedy Austrya była niewątpliwie krajem niemieckim a jej ustawy jednym z tworów ducha niemieckiego. Dlatego nie zajmiemy się rolą, jaką odgrywa zbieg idealny w ustawodastwie romańskiem lub kościelnem, lecz ograniczymy się do śledzenia poglądów germańskich na tę instytucyę [2]).

---

[1]) Świetnego przykładu, do jak pozytywnych wniosków może doprowadzić interpretacya historyczna, dostarcza nam *Loeffler* Schuldformen I. 190 sq., który wykazuje niewątpliwie, że ustęp §. 1 kod. austr. zawierający wyrazy: das Uebel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann, ma na myśli subjektywne przewidywanie powyższych okoliczności, nie zaś ścisły objektywizm (wbrew *Glaserowi* i opartej na jego rozprawie praktyce najwyższego trybunału). Twórcy bowiem t. zw. doli indirecti wymagali przynajmniej scire debuisse. (*Thomas z Akwinu, Covarruvias, Ayrer, Carpzov* itd.). Dlaczegóżby ustawa austryacka miało to stanowisko porzucić?

[2]) Co do prawa rzymskiego, to *Heinemann* w obszernym wywodzie (8—30) wykazuje, że nie znanem mu był idealny zbieg: dowodzi tego przedewszystkiem ustęp: Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus reus fieret l. 14 D. de accus. 48. 2. stanowiący wyraźnie: w razie popełnienia jednego działania karygodnego zastosować można tylko jednę ustawę karną (analogicznie do §. 73 kod. niem.) inne ustępy (l. 53 pr. D. de oblig. et act. 44, 7; l. 2. D. de priv. del. 47, 1; l. 41 §. 1. D. de oblig et act. 44, 7; l. 10. D. de oblig et act 44, 7; l. 11. §. 2. D. de serv. corr. 11, 3; l. 6. pr. ad leg. Jul. de adulterris 48, 5; l. 14 §. 1. D. de praescr. verb. 19, 5; l. 1. D. arb. furt. caes. 47, 7; l. 1 §. 9. D. de iniur. 47, 10; l. 43. D. reg. iur. 50, 17) traktują albo o zbiegu skarg prawa prywatnego, albo prawa publicznego lecz przestępstwo stanowiące ich podstawę jest zawsze jedno.

Prawo kościelne nie podaje jasno swego stanowiska, lecz z wątpliwego C. 27. X. de sent. excom. V. 39. wynikałoby raczej, że nie sprzeciwia się ono postanowieniom prawa rzymskiego.

Statuta włoskie (według *Kohlera* Studien III. 292—301) odznaczają się rozatomizowaniem działania do najwyższego stopnia, przeto raczej mówić można o zbiegu realnym niż idealnym w tych wypadkach, w których każde słowo obelżywe stanowi obrazę (traditore, falsario tu m' hai adulterato la

Sięgnąć musimy oczywiście dla dokładności aż do praw ludowych. Wiemy, że cechą tych leges barbarorum jest podawanie kompozycyi *(Busse)* za najróżnorodniejsze bezprawia, których wyrównanie pierwotnie pozostawione zemście krwawej, teraz w drodze legalnej przez odkup zostało uregulowane, przyczem państwo za interwencyę otrzymuje sumę zwaną fredus. Ośmieliliśmy się z powodu tego pieniężnego wynagrodzenia wyrządzonej szkody i wykupywania się od zemsty nazwać te ustawy cennikami mięsa (Fleischtarife), również staraliśmy się udowodnić, że ustawy te nie zawierają wcale - reakcyi karnej przeciw przestępstwom właściwym[1]). Ile państwo (społeczeństwo) okazuje interesu dla przestępstw podlegających kompozycyi płaconej pokrzywdzonemu, objawia się w wybieraniu fredus, sumie płaconej za złamanie pokoju państwowego (Bożego, królewskiego[2]).

Dlatego, jeżeli mamy szukać właściwych przestępstw prawodawstw germańskich, kryteryum stanowić będzie przedewszystkiem kara publiczna (wyjęcie z pod pokoju publicznego obejmujące i karę śmierci, ewentualnie chłosta itp.) następnie fredus, nigdy zaś sama Busse, sama kompozycya płacona pokrzywdzonemu. O tem pamiętając łatwo

---

mia donna zawiera według *Angelusa Aratina* 3 obrazy czci). Są jednak statuta tworzące już jedności wyższego urzędu. W kilku statutach spotykamy sławny wypadek zadania kilku ran jednym widelcem. Że za każdą ranę musi się ponieść karę, dowodzi tylko wpływu germańskich kompozycyi. Czy w jedynym wypadku idealnego zbiegu przez *Kohlera* (301) cytowanym, zbieg rzeczywiście zachodzi, jest wątpliwem.

[1]) Das Wesen des Verbrechens str. 206 sq.

[2]) Są to rzeczy mniej więcej znane, uważaliśmy za stosowne jednak przypomnieć te szczegóły z powodu, że w jednej z ostatnich, świeżo wydanych książek, autor (*Schreuer*) nieco odbiegł od tych zasadniczych myśli, przez co wypaczył przedstawienie sumiennie zresztą zestawionego materyału. *Schreuer* uważa Busse (compositio) za karę publiczną a ztąd przychodzi do wniosku, że ile razy płaci się Busse (kompozycyę) z tylu mamy przestępstwami do czynienia. Wywody (str. 87 uw. 1) przeciw ujęciu Busse jako odszkodowania o tyle tylko są trafne, o ile autor chce odróżnić od dzisiejszego prywatnoprawnego odszkodowania Busse, która będąc przez państwo (społeczeństwo) unormowanym okupem zemsty, zawierała tem samem, lecz tylko o tyle, czynnik prawa publicznego poniekąd.

już przebić się przez gęsty las kazuistycznych przepisów praw ludowych, bez obawy zbłądzenia[1]).

W leges barbarorum spotykamy się z rozatomizowaniem działania. Wiemy, starałem się na to na wstępie rozprawy zwrócić uwagę, że działanie będąc z natury swej tylko ruchem ciała wynikającym z odpowiedniego nastroju woli, może być w swym najpierwotniejszym przejawie równie nieznaczącem, jak atom w stosunku do ciała. Ustawa dopiero tworzy z większych lub mniejszych kompleksów a nawet z grup kompleksów jednostki mające pewne realne znaczenie.

Prawa ludowe tworzą kompleksa o bardzo pojedynczym składzie, każda rana dowodząc jednego działania wymaga osobnego okupu, osobnej kompozycyi; ile ruchów. tyle ran, ile ran, tyle grzywn. Ma to miejsce przy ranach sinych, (potłuczeniach) i krwawych, ranach wynikających z pchnięcia (Stichwunden) pozbawieniu członka (Verstümmlung) według niektórych praw także przy szkodzie majątkowej np. przesunięciu znaków granicznych, uszkodzeniu drzew (płaci się od znaku, drzewa). Niewątpliwie poważną rolę obok ilości działań odgrywa rzeczywiste odszkodowanie: tym tylko względem tłomaczyć można płacenie grzywny od każdego kawałka złamanej lub pokruszonej kości, pomimo jednej tylko rany i jednego ewentualnie uderzenia[2]).

---

[1]) *Schreuer* niestety inną poszedł drogą; biorąc za kompas w wędrówce kompozycyę jako karę prawnopubliczną przyszedł do rezultatów o których wspomnimy niżej. *Brunner* DRG. II. 541. zupełnie trafnie zwraca uwagę: Auf eine andere Behandlung (poprzednio mówił o absorptio poenarum) waren dagegen jene Rechte angewiesen, in denen das Busssystem derart vorherrschte, dass in erster Linie auf Busse erkannt wurde. Sie bevorzugten das von den heutigen Kriminalisten sogenannte Kumulationsprincip. Niestety nie będąc z fachu kryminalistą nieostrożnie używa wyrażenia Verbrechen, i tak zaraz w następującem zdaniu: ...Bei dem Schwergewichte, welches allenthalben das Strafrecht auf den schädlichen Erfolg zu legen pflegte, bestand von vornherein die Tendenz, eine Handlung, die gleichzeitig mehrere Güter verletzte, in eine Mehrheit von Verbrechen (!) zu spalten (II. 541) jeszcze jaskrawiej wypada wyrażenie (es) kann eine Mehrheit von Missethaten... durch eine Handlung... begangen werden.

[2]) Nie zwraca na to uwagi *Schreuer* 12 sq.

Wcześnie rozpoczyna się w leges barbarorum proces kupienia działań w jednostki wyższego rzędu: kradzież już według lex Salica i edictus Rothari jest jednem działaniem bez względu na ilość rzeczy skradzionych, podobnie lex Alamannorum przepisuje jedną tylko Busse za podpalenie, prawo bawarskie za splądrowanie domu. Kompleks działań w jedną grupę łączą dalej prawa ludowe w postaci naruszenia pokoju domowego (Heimsuchung), w wypadku kradzieży z włamaniem, obrabowania pogrzebanego trupa, napaści na człowieka wolnego z towarzyszącemi jej obelgami czynnemi i słownemi. Natomiast czynnik odszkodowania odgrywa znów rolę przy zabiciu kobiety ciężarnej[1]), płaci się wergeld za matkę i dziecko.

W jednę całość łączą prawa ludowe działania w wypadku usiłowania i przestępstwa trwałego.

Ponieważ Busse, w każdym razie, czy działanie traktuje się atomistycznie, czy ich większą ilość łączy się w jednośc wyższego rzędu, płaci się tytułem okupu za zemstę krwawą, przeto nic dziwnego, jeżeli w wypadku jednego działania szkodliwego przepisuje Lex wynagrodzenie szkody (compositio) na rzecz wszystkich działaniem pokrzywdzonych[2]).

Za rzucanie kamieniami na dom przepisuje Lex Salica kompozycyę 15 solidów na rzecz każdego wolnego, który w domu się znajdował, tytułem wynagrodzenia obrazy.

Podobnie za zgwałcenie niewiasty płaci się jej wergeld raz jej samej, raz muntwaltowi (oprócz fredus na rzecz króla).

We wszystkich tych wypadkach: czy płaci się kompozycyę od każdej rany, czy od całości uszkodzenia (np. w wypadku podpalenia), czy tylko bezpośrednio pokrzywdzonemu, czy także innym osobom, w każdym razie o tem,

---

[1]) Inaczej *Schreuer* 52 sq.

[2]) O tyle tylko też słusznem jest zapatrywanie *Heinemanna* (który popada w drugą ostateczność i przeczy, jakoby prawo germańskie znało przestępstwa prawnopubliczne) 30. Bei dem Vorherrschen der privatrechtlichen Auffassung von Verbrechen und Strafe, wodurch das germanische Strafrecht charakterisirt wird.

czy mamy do czynienia z jednem przestępstwem, czy ich zbiegiem, rozstrzygać będzie jedna tylko okoliczność, a mianowicie czy będzie się płacić fredus, czy nie i ile razy. Stwierdzić musimy z całą stanowczością, że fredus (właściwa kara) posiada byt niezależny od kompozycyi, bo w wypadku przypadkowego uszkodzenia fredus odpada pomimo, że płaci się kompozycyę[1]). Czy fredus oddziela się od Busse (faidus), stanowiąc sumę odrębną, jak u Fryzów, Anglosasów, Sasów, czy też płaci się Busse podwójną, tak że połowa (lub część) idzie do skarbu królewskiego (u Franków, Langobardów, Germanów północnych)[2]), w każdym razie dopiero ta okoliczność, że się sumę pewną płaci za złamanie pokoju (Friedensgeld für den Bruch des Friedens) nadaje danemu czynowi charakteru przestępstwa.

---

[1]) ...Liessen die Quellen unserer Periode die vollen strafrechtlichen Folgen nur dann eintreten, wenn die Handlung in verbrecherischer Absicht geschehen war. Wo diese fehlte, kam... das Friedensgeld in Wegfall. Die klägerische Partei erhielt demnach in der Regel nur das einfache Wergeld oder die einfache Busse, bei Sachbeschädigungen den einfachen Schadensersatz. Die Verletzung hatte ihren strafrechtlichen Charakter abgestreift und nur noch privatrechtliche Folgen. (*Schroeder* 345).

In gewissen Fällen, nämlich bei Thatbeständen, bei denen das Volksrecht das Vorhandensein böser Absicht ein für allemal ausschloss, fiel der Anspruch der öffentlichen Gewalt auf das Friedensgeld hinweg und war nur dem verletzten Busse zu zahlen. (*Brunner* I. 165). Por. II. 546 Note 8, 547, 552, 557. Note 31).

So bei culposen Schadenzufügungen. L. Rip. LXX. §. 1. tunc absque fredo culpabilis jndicetur. (*Wilda* 466 Note 1).

Eine That ohne böse Willen begangen erzeugte niemals die Verpflichtung zur Erlegung eines Friedensgeldes, eines Gewettes... Przykłady niektóre: O. G. Va. XVIII. §. Für jede nicht gewollte Beschädigung nimmt der Verwundete die volle Busse und weder das Volk noch der König hat Theil daran *Skaue L.* V. 25. Für Absichtslose Verwundung soll weder Königsrecht noch Erzbischofsrecht gebüsst werden, dem Verwundeten allein soll Busse gezahlt werden.

Fryzyjskie Willküren der Brockmänner §. 182 (v. Richthofen 117) volles (Wer) Geld und volle Busse, aber kein Friedensgeld. (*Wilda* 547—549).

[2]) *Brunner* I. 165.

Dlatego o zbiegu przestępstw mówić, z powodu, że sprawca płaci kilka kompozycyi lub kompozycyę i fredus pomimo jednego działania, jest stanowczo błędem, bo przestępstwo istnieje tam tylko, gdzie płaci się fredus, a zbieg przekroczenia prawnoprywatnego (Privatdelict) z przestępstwem prawnopublicznem, a więc właściwem przestępstwem (Verbrechen), jest równie niemożliwy i z naturą zbiegu przestępstw sprzeczny, jak zbieg przestępstwa (z ustawy karnej) i przekroczenia dyscyplinarnego [1]). Pod zbiegiem przestępstw rozumiemy zbieg działań karanych przez ustawę karną. Jeżeli według praw germańskich płaci ktoś kompozycyę i fredus (w epoce frankońskiej bannus), to mamy do czynienia z jednem przestępstwem, nie ma zaś mowy o zbiegu przestępstw [2]).

Również fałszywem byłoby mówić o zbiegu przestępstw w razie, jeżeli ktoś za zabicie ciężarnej kobiety płaci podwójny wergeld, raz matki, drugi raz płodu, lub w razie, jeżeli sprawca za przeprowadzenie rowu na obcym gruncie płaci kompozycyę naruszenia w posiadaniu i uszkodzenia cudzej własności [3]). Mamy tu do czynienia z kilku pretensyami prawnoprywatnemi, uregulowanemi w ustawie celem uniknięcia zemsty krwawej, które nie wywołałyby jako takie reakcyi społecznej w czasach swobodnego wykonywania vindicta. W tych i podobnych wypadkach płaci sprawca jeden tylko fredus. I tak według Lex Bajuwariorum (II. 10) i Alamannorum (33, 30) kto wszczął kłótnie w domu księcia, musi wynagrodzić wszystkie uszkodzenia (potrójną kompozycyę), lecz jeden tylko fredus 40 (60) solidów. Według Lex Burg. 5. 4. si quis ingenuum hominem per capillos corripuerit, si una manu 2 sol. inferat, si utraque sol. 4 multae autem nomine sol. 6 (fredus pozostaje zatem niezmienny). Za kradzież płaci się

---

1) Por. *Merkel* Lehrb. 46 sq. *H. Meyer* Lehrb. 10 sq.

2) Inaczej *Schreuer* 103 wyciąga stąd wniosek, że fakt płacenia fredus i kompozycyi dowodzi zbiegu przestępstw. Dies bedeutet aber einen starken Bruch mit der altfrankischen Auffassung, dass eine Handlung... sich (äusserlich) nur als ein Delikt darstelle.

3) Inaczej *Schreuer* 111 sq., przyjmujący w tych wypadkach zbieg przestępstw idealny (jednoczynowy).

(według Lex Burgund.) potrójną wartość każdego przedmiotu skradzionego, lecz jeden fredus. W wypadku rabunku połączonego z pobiciem uiścić trzeba szereg kompozycyi i jeden fredus[1]).

Ztąd wniosek: rozatomizowanie pojęcia działania ma znaczenie tylko dla łatwiejszego przeglądu wyrządzonej szkody, kompozycya (Busse) jest jej wynagrodzeniem, a zarazem okupem zemsty, z tego też powodu płaci się wszystkim pośrednio lub bezpośrednio poszkodowanym. W wypadkach trudniejszych lub bardziej skomplikowauych przewiduje lex z góry jednę ogólną grzywnę (Pauschalbusse). Z drugiej strony przestępstwo zachodzi w tych wypadkach o tyle, o ile płaci się fredus (fredus nie zawsze towarzyszy kompozycyi), a płaci się go zawsze tylko raz za cały kompleks działań (który nazwać możemy gesetzliche Einheit).

Inaczej rzecz się przedstawia w razie dokonania kilku przestępstw chronologicznie i rzeczowo od siebie oderwanych: i tak przestępca, który namówił do dwu z rzędu morderstw, oprócz tego sam dokonał trzeciego, płaci trzy razy bannus[2]). Można przyjąć za zasadę, że w wypadku, który dziś nazywamy zbiegiem realnym przestępstw, płacić należało według leges barbarorum tyle razy fredus (lub bannus), ile dokonano samodzielnych przestępstw[3]).

Jeżeli zatem w wypadku całego szeregu działań połączonych ze sobą wspólnym skutkiem (Gesammterfolg) ustawy ludowe przepisują cały szereg kompozycyi (Bussen), okupów zemsty (a więc płaconych wszystkim, ze strony

---

[1]) Por. *Schreuer* 117. Die überwiegende Mehrzahl der Volksrechte setzt aber bei einthätiger Verbrechensmehrheit (?) nur einen fredus an, findet darin also nur einen Friedensbruch. Por. 119: Trotz der Verbrechensmehrheit (?) wird also nur eine Brüche entrichtet. Auch für mehrere ideell concurrirende (?) Wunden dürfte blos ein Friedensgeld fällig geworden sein.

[2]) *Schreuer* 123.

[3]) Ib. 120. Bei realer Verbrechensmehrheit dürfte mehrfaches Friedensgeld gezahlt worden sein... Es ist schwer denkbar, dass mehrere real konkurrirende Verbrechen zu einem Friedensbruch zusammengezogen worden wären.

których takowa groziła), mających charakter wynagrodzenia szkody (a więc płaconych za każdą ranę itp.), lecz jeden tylko fredus, jeżeli dalej uwzględnimy, że w wypadku dokonania kilku działań przestępnych, samodzielnych, z sobą niczem niepowiązanych, fredus należy płacić tyle razy, ile mamy działań przestępnych, to musimy przyjść do przekonania, że w wypadku pierwszym ustawy widzą jedno złamanie pokoju (Friedensbruch), a więc jedno przestępstwo, w drugim ich więcej, ich zbieg realny (Verbrechensmehrheit, reale Verbrechensconcurrenz).

Nic zaś nas nie upoważnia do przyjmowania w pierwszym razie zbiegu idealnego: zbieg jednorodny nie jest możliwy, bo mamy tu do czynienia przeważnie tylko z rozatomizowaniem działania (Atomisierung des Thatbestandes, jak się wyraża sam *Schreuer)*, a nie z szeregiem skutków z jednego działania wynikłych więc raczej należałoby przyjąć zbieg realny, czemu się sprzeciwia opłata jednego tylko fredus, o zbiegu różnorodnym, zachodzącym w razie popełnienia działania podpadającego pod różne ustawy (jakie?), wprost nie ma mowy.

Okoliczność, że leges przepisują w niektórych wypadkach kompozycyę ogólną (Pauschalbusse) dowodzi tylko, że chcąc uniknąć sporów co do ilości zadanych ran lub rozbitych kości powyżej pewnej wysokości nie dopuszczano dalszej kumulacyi, nie dowodzi zaś wcale, żeby zachodził w tym razie zbieg idealny, odmiennie z tego tytułu, że rany powstały z jednego (?) działania traktowany od realnego[1]).

Twierdzimy wobec tego rezultatu stanowczo: prawa ludowe nie znają zbiegu przestępstw idealnego.

Ograniczając z natury rzeczy studyum ducha prawa germańskiego na prawodastwo środkowej Europy, musimy zauważyć, że rozwój prawa północno-niemieckiego w epoce ksiąg prawnych (Rechtsbücher) nie przynosi nam jasnego obrazu współczesnych zapatrywań. Przedewszystkiem suma płacona pierwotnie na rzecz króla lub społeczności w wypadkach, w których dany czyn nietylko był szkodliwym dla jednostki, ale pośrednio także dla całego społeczeń-

---

[1]) Inaczej *Schreuer* 112 sq.

stwa (fredus), obecnie przybiera nazwę Wette i towarzyszy każdej grzywnie[1]). I tak w razie, jeżeli ogół osób uprawnionych do wniesienia skargi wnosi ją razem kollektywnie i z tego powodu sędzia przyznaje jedną grzywnę (eine buze), którą płacić należy na rzecz wszystkich skarzących, to wybiera sam także tylko jedną opłatę sądową (eyn gewette), odwrotnie, jeżeli z tytułu tego samego każdy z uprawnionych wniesie osobną skargę, to sędzia przyznaje każdemu Busse, ale do każdej Busse dołącza osobną Wette (claget aber iczlicher besundern, alz manic gewette unde busse gehort doruff. Verm. Ssp. IV. 45, 17), podobnie Ssp. II. 12 §. 5, szczególnie wyraźnie występuje ten proces w Magdeb. Fr. I. 1, 19 und dem Richter so manich gewet als maniche buss[2])[3]).

Wobec tego, że nie mamy kryteryum do rozstrzygnięcia, czy prawa miejskie północnoniemieckie, łącząc z każdą grzywną opłatę sądową, tem samem stwierdzały istnienie tylu przestępstw, ile opłat, musimy ograniczyć się tylko do stwierdzenia, że materyał zestawiony u *Johna*

---

[1]) Geldbussen waren stets von einer an den Richter zu zahlenden Wette, dem alten Friedensgelde begleitet (*Schroeder* R. G. 704 por. 707, 713).

[2]) *John* Str. R. in N. D. 286, 284, 282. Za zupełnie wyjątkowy poczytać należy przepis Lübisches Recht II. 57: he schal darumme wedden tein mark suluers (a więc jedną Wette) unde iewelikeme ratmanne tein schillinge und deme de gheleidet was sestech schillinge, u *Johna* 285.

[3]) Przyczynę tego zjawiska znajdujemy w fakcie z pojęciami prawnemi mało mającym wspólnego: w chciwości sędziów (wójtów). Było to zasadą w wybieraniu opłat sądowych: „dass dem Herrn desto gütlicher geschehe, und des armen Mannes Seckel desto leichter werde“. Akt cesarza Henryka IV. dla klasztoru Weingarten 1193 uważa dochód z Wette za stałą rubrykę dochodów. Plena de acquisitis in pecuniaria quod vocari solet gewette. Schwabenspiegel postanawia wyraźnie, jakby dla ostrzeżenia przed stosunkiem odwrotnym w art. 80: Swaz man mit pfenningen buezen soll dem Klager unde dem rihter, da sol man dem Klager mer geben wan dem rihter. Nic też dziwnego, że Wette dochodziło do rzadkiej wysokości (dwa razy, lub trzy razy większą często jest od Busse), nic też dziwnego, że przyłączano ją do każdej Busse. (Por. *Osenbrüggen* Das alam. Str. R. 73—78). Nie było to już fredus za złamanie pokoju, lecz rodzaj opłaty skarbowej.

dotyczy czynów, których następstwem była skarga prywatna i wynagrodzenie szkody w postaci grzywny. Są to te same przeważnie wypadki, o których traktowały prawa ludowe. Mamy tu przedewszystkiem do czynienia znów z rozatomizowaniem działania i tak tyle razy płacić należy Busse za kradzież, ile skradziono drzew (vonn iderem stamm fuinff marck und dem richter fuinff schillinge), podobnie za pobranie procentu lichwiarskiego, za każdą obelgę, za każdy termin sądowy opuszczony, w razie, jeżeli obowiązkiem czyimś było wnieść skargę [1]), również za każdy ząb wybity, za każdy palec winien sprawca zapłacić dziesiątą część wergeldu [2]).

Niemniej powtarza się zasada praw ludowych, że nietylko bezpośrednio pokrzywdzonemu należy szkodę wynagrodzić, lecz także i pośrednio dotkniętemu. I tak pobicie sługi bądźto w celu obrażenia, bądź wyrządzenia mu szkody, należy okupić tak wobec sługi jak pana (Ssp. II. 34 §. 1) [3]). Wszędzie tu przeważa moment prywatnoprawny.

W źródłach południowo-niemieckich średnich wieków spostrzegamy już prąd nowożytny tworzenia kompleksów działań ujętych w jedność ze względu na łączność chronologiczną. W razie dokonania szeregu uszkodzeń cielesnych in einer Hitz, in einer Sach, in einem Gfecht, jedną tylko Busse należy wymierzyć a mianowicie najwyższa pretensya absorbuje wszystkie inne [4]).

---

[1]) Rozatomizowanie to dotyczy także przekroczeń przeciw władzy: za każdy powrót do miasta wydalony płaci 5 funtów (Brehmisches Recht), w razie oporu stawianego wójtowi odbierającemu broń awanturnikowi, płaci tenże karę 5 szylingów za każdy akt oporu z osobna. (Alefelder Vogteigericht). *John* 287—291.

[2]) Wypadek pobicia wywołał pewną wątpliwość: ponieważ zasadą było, że każda Busse pociąga za sobą Wette, quid juris, jeżeli za każdy ząb płaci się osobną Busse. Otóż Magdeb. Fragen rozstrzygnęły, że należy płacić jedną tylko Gewette, a Böhme Schöffenspr. podaje motyw: wenne das in einer tat geschen ist. (Por. *John* 270—272).

[3]) Przykłady zaczerpnięte u *Johna* op. cit., Die Verbrechens-Konkurrenz 268—293 choć zestawione w innym porządku i innem oświetleniu.

[4]) Wyjątki stanowi Landbuch z Davos przepisujący jeszcze atomistyczne traktowanie każdego uszkodzenia i wymierzanie grzywny za każde z osobna, choć z prawem zniżenia nieco ogólnej sumy. *Osenbrüggen.* Alam. 190.

Jeżeli z drugiej strony uwzględnimy, że w razie dokonania kilku przestępstw oddzielnych, np. morderstwa, kradzieży, podpalenia kumulowano kary aż do śmieszności (najprzód łamano kołem, potem wieszano na szubienicy, w końcu trupa palono) to przyjdziemy do przekonania, że źródła południowo-niemieckie znały tylko zbieg realny i jedność przestępstwa a o zbiegu idealnym nie ma mowy[1]).

Jeżeli zestawimy teraz obraz rozwoju południowo-niemieckiego (na podstawie źródeł późniejszych uzyskany) ze stanem rzeczy wynikającym ze źródeł północno-niemieckich, (wcześniejszych) to przyjdziemy do rezultatu, że postanowienia statutów północno-niemieckich atomizujące działanie są przejściem od praw ludowych do nowożytnego ustawodawstwa. Mętne wrażenie, jakie się z pierwszej chwili otrzymuje z przeglądu źródeł średniowiecznych znika po ich zestawieniu, które każe twierdzić z całą stanowczością, że nie ma w nich ani śladu zbiegu idealnego.

Przejście do jedynego artykułu (108) Karoliny stanowią trzy postanowienia praw miejskich [Wrocławskiego z r. 1261 §. 37, Zgorzeleckiego (Görlitz) art. 27 i Chełmskiego (Kulm) II. 86], które przepisują, że jeżeli ktoś przez popełnienie przestępstwa złamie zaprzysiężony komuś pokój (Sühne, Urphede), karę należy wymierzyć tylko za to przestępstwo, które równocześnie stanowiło złamanie owego pokoju (so sal man obir yn richten nach deme ungerichte Kulm)[2]). Przepis ten mówi poprostu: ponieważ pokoju zaprzysiężonego nie można złamać inaczej jak dokonaniem

---

[1]) Bardzo trafnie podaje *Osenbrüggen* op. cit. 189 przyczynę wspomnianej absorpcyi kar: Die Einheit des Streites tritt aus den obigen Stellen als der Grund der Regel hervor und man stellte die verschiedenen Verletzungen in ein ähnliches Verhältniss zu einander, wie die in einem Streite der Tödtung vorangegangenen Verwundungen und die Tödtung.

Wypadek cytowany w Schwabensp. (por. *Caspar* 6) kradzieży dokonanej na polu objętem pokojem Bożym (gebannt) nie stanowi zbiegu idealnego, bo kradzież polna w stosunku do złamania pokoju odgrywa poniekąd rolę deliktu prywatnego.

[2]) *John* 276 sq. Podobny stosunek zachodzi według prawa Augsburgskiego między przestępstwem urzędnika a jego charakterem urzędowym. W tym razie przestępstwo poczytywano za złamanie przysięgi urzędowej. (*Caspar* 42 mylnie mówi w tym wypadku o Idealkonkurrenz).

przestępstwa, przeto karę wymierzyć należy za to przestępstwo, okoliczność, że złamano pokój jest obojętną. Oczywiście imputować prawom miejskim, że w powyższych ustępach traktowały o zbiegu idealnym byłoby dowolnością [1]).

Ten sam mniej więcej przepis z pewną modyfikacyą podaje Karolina: jeżeli ktoś złamie zaprzysiężony pokój (geschworne Urphede) przestępstwem, za które według cesarskiego prawa i ustawy (Karoliny) miałby ponieść karę śmierci, należy karę tę wykonać, jeżeli zaś tylko takiem przestępstwem, za które nie ma przepisanej kary śmierci (darumb er das leben nit verwürckt hat) należy mu jako krzywoprzysięscy odciąć rękę lub palce. Jeżelibyśmy mieli na ten zupełnie specyalny wypadek pozornego zbiegu przestępstw wyszukać jakieś pojęcie nowożytne, któreby najlepiej stan rzeczy malowało, to byłoby niem: zbieg ustaw karnych, Karolina poleca wybrać ustawę przepisującą karę surowszą. Twierdzić, że w danym wypadku Karolina widzi zbieg przestępstw, nie mamy żadnej podstawy [2]). Art. 163 Karoliny traktuje o zbiegu okoliczności obciążających przy jednej kradzieży.

Późniejsze partykularne ustawy rozpadają się na trzy grupy: jedne nie zawierają wcale przepisów o konkurencyi [czeskie ordynacye krajowe (Landesordnungen) Ferdynanda I. i II. 1549 i 1627, ordynacye dla sądów krajowych (Landgerichtsordnungen) dla Dolnej (1514) i Górnej (1559) Austryi], drugie przepisują kumulacyę kar w wypadku zbiegu realnego (ordynacya sądowa karna Ferdynanda III. dla Dolnej Austryi 1656 i Józefa I. 1708), wreszcie inne pozornie w części szczególnej wspominają o zbiegu idealnym,

---

[1]) Słusznie *John* 278. Nur freilich ist darauf hinzudeuten, dass zwar nach unseren heutigen Rechtsanschauungen uns das Verhältnis der Verbrechenskonkurrenz wohl zum Bewusstein kommt; dass aber mit Bezug auf das ältere Recht der Nachweis dafür nicht geführt werden kann, es habe dasselbe in dem Bruche der Sühne oder der Urphede jemals eine selbständige Rechtsverletzung erblickt. Daraus würde denn folgen, dass das ältere Recht überhaupt nichts zu absorbiren, sondern nur e i n e i n z e l n e s V e r b r e c h e n z u b e s t r a f e n h a t t e.

[2]) Trafnie *Heinemann* 33, nieco odmiennie *John* 292 sq.

w rezultacie jednak są to popularne definicye przestępstwa złożonego (por. von Straf des Ehebruchs und Blutschande, wann die Laster zugleich begangen werden w konstytucyi saskiej. 1572. IV. cz. Nr. 23)[1]). Codex juris criminalis Bawarici z 7 października 1751. traktując w §. 36. o zbiegu cudzołostwa, kazirodztwa i zgwałcenia mówi w uwagach o absorpcyi jednego przestępstwa przez drugie (nie jednej kary przez drugą) zachodzi tu więc raczej zbieg karnych kwalifikacyi a nie przestępstw[2]).

Ustawa Maryi Teresy (constitutio criminalis Theresiana) we wszystkich partyach rozwlekła i kazuistyczna, traktuje o zbiegu przestępstw w art. 14 złożonym z dziewięciu paragrafów, zajmujących $1\frac{1}{2}$ stronnicy in folio, dość to jest chyba, by poglądy ustawodawcy jak najgruntowniej przedstawić. W całym tym jednak artykule nie ma wzmianki o czemś, cobyśmy nazwać mogli idealnym zbiegiem przestępstw. Sam tytuł wskazuje, że ustawa ma na myśli tylko zbieg realny: Vierzehnter Artikel, wie es zu halten, wenn unterschiedbare Missethaten zusammentreffen. Wyraz Missethat może być użyty tylko w znaczeniu eine verbotene That, może oznaczać tylko czyn, nie da się pod pojęcie to podciągnąć idealna obraza prawa. Również i w tekscie spotykamy wyrażenie: Wenn demnach einer zweyerley schwere Uebelthaten verübet hat (§. 3) wobec czego promiscue używane Verbrechen nie oznacza nic innego jak czyn, który naruszając ustawę karną jest zbrodnią. Tak zatem Theresiana wychodząc ze syntetycznego stanowiska czynu a nie obrazy prawa, nie zajęła się kwestyą co robić, jeżeli ten czyn obraża różne ustawy karne lub narusza różne dobra prawne[3]).

---

[1]) *Heinemann* 33—34.

[2]) *Hiller* u Grünhuta XIII. 131.

[3]) Szczególnie znamiennym jest §. 3. Wenn demnach einer zweyerley schwere Uebelthaten verübet hat, deren jedwedere die Todesstraff nach sich ziehet, solle man nur diejenigen Straff zuerkennen, welche unter beiden die schärfste ist, z. B. wenn jemand einen Diebstahl und eine vorsätzliche Mordthat begangen, solle er als ein Mörder durch das Rad hingerichtet und zum Zeichen des Diebstahls ein Galgen auf das Rad gemachet... (por. kumulacyę podobną praw południowo-niemieckich).

Pomijając ustawodawstwo austryackie od r. 1787 (do którego powrócimy w rozdziale III.) przechodzimy do ustaw partykularnych niemieckich w XIX. wieku.

Na wstępie wita nas dzieło *Feuerbacha* ustawa bawarska z r. 1813 nosząca na sobie piętno twórcy bardzo wybitne. *Feuerbach* jako autor za jeden z rodzajów zbiegu przestępstw uważał: formale oder ideale Konkurrenz... wenn durch eine und dieselbe Handlung oder in Einem ununterbrochenen Akt verschiedene Strafgesetze übertreten worden sind[1]) (jestto definicya, którą moglibyśmy wciągnąć śmiało do grupy A. 2. teoryi naruszeń ustawy)[2]).

Dzięki temu ujęciu kwestyi zawiera także ustawa analogiczny przepis (art. 110 ustęp 2): Wenn ein Verbrecher in einer und derselben Handlung zu gleicher Zeit mehrere Verbrechen begangen hat, so soll nur die Strafe der schwersten Uebertretung in Anwendung gebracht werden...[3]).

Potężnem jest prawo naśladownictwa: powyższe postanowienie, owoc spekulacyi formalistycznej, widzącej istotę przestępstwa w naruszeniu ustawy dostało się, niemal w dosłownem brzmieniu[4]), do całego szeregu ustawodawstw partykularnych współczesnych lub nieco późniejszych: należą tu ustawy dla Oldenburga (1814), Saska (1838), Saxen-Altenburg (1841), Turyngska, Hannowerska (1840), policyjna Hannowerska (1847), dla Brunszwiku (1840), księstwa Lippe (1843) i Hamburga[5]).

Krąg naśladownictwa, którego punktem centralnym była ustawa bawarska *Feuerbacha*, nie był wielki, wpływ

---

[1]) Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 127.

[2]) Por. *Wachenfeld* 7 sq. *Hiller* u Grünhuta 13, 132. *Heinemann* 40 sq., także *Binding* 526 Note 5.

[3]) Stragesetzbuch für das Königreich Bayern. München 1813, str. 48.

[4]) Np.: Wenn ein Verbrecher in einer und derselben Handlungen zu gleicher Zeit mehrere Verbrechen begangen hat (Oldenburg 115. II.) por. Strafgesetzbuch für die herzoglich Holstein-Oldenburgischen Lande. Oldenburg 1814. I. str. 59.

[5]) Por. *Hiller* Gs. 32. 233 i *Heinemann* 46. Note 2 i 47—48.

jej czysto epizodyczny; zdrowe myśli ustawodawstwa germańskiego widzące w przestępstwie przedewszystkiem działanie, odparły stanowczo suggestyę spekulatywną i w ostatecznym rezultacie, w kodeksie niemieckim z roku 1871 zatknęły sztandar zupełnego zwycięstwa.

Proces walki był następujący: już ustawa wirtemberska z r. 1839 (w art. 123), heska z r. 1841 (113), badeńska z r. 1845 (§. 182), używają zwrotów: sind durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze zugleich übertreten worden[1]), Übertretung mehrerer Gesetze oder Verletzung mehrerer Personen durch eine That[2]). Ustawa saska z r. 1855 w art. 77 akcentuje czynnik obrazy kilku ustaw jednem działaniem (zbiegu ustaw) jeszcze silniej: Liegt eine Handlung vor, welche den gesetzlichen Erfordernissen eines geringeren, vermöge gewisser dabei ebenfalls vorhandener Umstände aber zugleich den gesetzlichen Erfordernissen eines schwereren Verbrechens entspricht so ist auf die durch das schwerste dieser Verbrechen verwirkte Strafe zu erkennen[3]).

Nawet w ojczyźnie *Feuerbacha* późniejsze ustawodastwo sprzeniewierza się jego doktrynie: ustawa z r. 1861[4]) traktuje w art. 84 o zbiegu idealnym w sposób następujący: Hat jemand... 2) in einer und derselben Handlung mehrere Strafgesetze oder ein und dasselbe Strafgesetz in mehrfacher Richtung übertreten.

---

[1]) Wyrazy rozstawnie drukowane są i w tekscie ustawy w ten sam sposób podniesione por. Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Hessen. Darmstadt 1841 str. 33.

[2]) Die neue Strafgesetzgebung und Gerichtsverfassung des Grossherzogthums Baden. Karlsruhe 1845 str. 41, dalej spotykamy w tekscie wyrażenia: Hat jemand durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz gegen verschiedene Personen übertreten...

[3]) Por. *Hiller* Gs. 32. 233. *Heinemann* 48.

[4]) Das Strafgesetzbuch für Königreich Bayern. Bamberg. 1862, str. 100.

Bardzo charakterystycznym jest rozwój ustawodawstwa pruskiego, które niewątpliwie wpłynęło na stylizacyę kodeksu niemieckiego.

Landrecht w odpowiedniem miejscu nic nie wspomina o zbiegu idealnym[1]). Projekt ustawy karnej pruskiej z r. 1827 użył zwrotu: Sind durch dieselbe Handlung zugleich mehrere Verbrechen verübt... Przeciw tej stylizacyi oświadczono się w komisyi ponieważ dieselbe Handlung wohl zugleich mehrere Strafgesetze übertreten, nicht aber mehrere Verbrechen enthalten könne. Skutkiem tego komisya z r. 1843 (Immediatcommission) zmieniła stylizacyę powyższą na: Sind durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze übertreten[2]). Stylizacyę tę zatrzymują projekty z r. 1846 i 1847 a ustawa z r. 1851 postanawia w §. 55: Wenn ein und dieselbe Handlung die Merkmale mehrerer Verbrechen oder Vergehen in sich vereinigt, so kommt das Strafgesetz zur Anwendung, welches die schwerste Strafe androht (w odróżnieniu od wypadku z §. 56: gegen denjenigen, welcher durch verschiedene selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen begangen hat[3]).

Kodeks niemiecki z r. 1871. zamykający ewolucyę odnośnych pojęć postanawia w §. 73: Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz... zur Anwendung.

Tym sposobem kodeks niemiecki z jasnością większą, niż inne ustawy wprost i niedwuznacznie stawia kryteryum zbiegu ustaw mających wejść w zastosowanie[4]), zupełnie

---

[1]) Wprawdzie §. 54 części II. tyt. 20 nosi napis: Von der Collision mehrerer Verbrechen, ale tekst §. 54—57 traktuje o zbiegu kar.

[2]) *Hiller* Gs. 32. 233.

[3]) Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten. II. Aufl. Berlin 1856 str. 38.

[4]) Są jednak autorowie, którzy w §. 73 widzą unormowanie zbiegu idealnego: i tak przedewszystkiem *Binding* Handbuch I. 57 sq. (por. Grundriss I. 109), *Ortmann* Arch. f. Str. R. 35. 33., *Merkel* Holtz. H. IV. 225, dowodzą prawdziwości tego twierdzenia okolicznością: 1) że §. 74 traktuje o mehrere selbständige Handlungen skutkiem czego §. 73 mówiąc o eine und dieselbe Handlung ma na myśli tylko ursächliche Identität, mogącą wywołać szereg przestępstw. 2) napisem rozdziału V.

zaś pomija kryteryum, czy działanie stanowi jedno czy więcej przestępstw.

Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. Na argumenta powyższe doskonale odpowiada *Wachenfeld:* ad 1) wyrażenie mehrere selbständige Handlungen stanowi tylko przeciwieństwo do Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit, do przestępstw takich jak trwałe (fortgesetztes Verbrechen), ad 2) przy wyborze między ogólnym napisem a danem postanowieniem treść tego ostatniego musi rozstrzygnąć (str. 70—74), por. sprzeczność podobną między tytułem a treścią w ust. pruskiej z r. 1851 op. cit. 38 co do sporu samego por. także *Schwarze* G. S. 34. 580.

ROZDZIAŁ III. [1]).

U s t a w a   a u s t r y a c k a.

§. 1. Studyując rozwój idei przewodniej prawa germańskiego, odnośnie do instytucyi idealnego zbiegu, dotknęliśmy kilkakrotnie już ustawodastwa austryackiego (ustawy partykularne i Theresiana), obecnie, zanim przystąpimy do

---

[1]) Oprócz literatury już wyżej powołanej, por. *Bauer Dr Anton:* Von dem Zusammenflusse der Verbrechen (Abhandl. aus d. Strafrechte etc. 1842). *Fuchsberger Otto:* Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes und Reichsgerichtes 1882 III. Th. Das Strafrecht IV. Th. Das Strafprocessrecht. *Gernerth F.:* Zur Anwendung des §. 265 Str. Pr. O. (Allg. österr. Ger. Zeit. 1883 Nr. 5). *Glaser Dr Julius:* Schwurgerichtliche Abhandlungen II. Aufl. 1875. Fragestellung. (Holtz. Rechtslexicon I.). *Grimm Jacob* u. *Wilhelm:* Deutsches Wörterbuch 1854 sq. *Herbst Dr Eduard:* Die grundsätzlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- und Cassationshofes 1856. *Krzymuski Dr Edmund:* Wykład procesu karnego austryackiego 1891. *Mayer Dr S.:* Commentar zu der österr. Str. Pr. Ordnung vom 27. V. 1873. 1884. *Mitterbacher Julius:* Die Strafprocessordnung f. die im Rr, vertr. Königr... 1882. P l e n a r b e s c h l ü s s e und Entscheidungen des k. k. obersten Gerichts, als Cassationshofes 1884 sq. *Reiffel* Landgerichtsdirector: Ueber Idealconcurrenz §. 73 R. St. G. B. G. S. XXXIX. *Rulf Dr Friedrich:* Der österreichische Strafprocess. III. Aufl. 1895. *Stenglein M.:* Lehrbuch des deutschen Strafprocessrechtes 1887. *Ullmann Dr Emanuel:* Das österreichische Strafprocessrecht 1879. *Vargha Dr Julius:* Das Strafprocessrecht 1885. *Visini Andreas:* Bemerkungen über den praktischen Unterschied zwischen fortgesetzten u. wiederholten Verbrechen (Beyträge zur Criminal-Rechtswissenschaft III. 1841). *v. W. I.:* Wie ist die Hauptfrage an die Geschwornen zu formuliren, wenn durch die der Anklage zu Grunde liegende Handlung Strafgesetze verschiedener Art übertreten worden sind. (Allg. österr. Ger. Zeit. 1880, Nr. 9). *Zachariae H. A.:* Bericht und Betrachtung über die revidirte österr. Strafgesetzgebung (Arch. des Criminalrechts Neue Folge 1853).

przepisów dziś obowiązujących, przebiedz musimy grupę ustaw je poprzedzających, a duchem ściśle z niemi związanych.

Przepisy Theresiany rozwlekłe, lecz niewątpliwie tylko zbieg realny regulujące, ujmuje w krótką formułę cesarz Józef II. w swym kodeksie z r. 1787 (§. 15).

Ist ein Verbrecher mehrerer unter sich verschiedener Missethaten schuldig, soll die Strafe nach demjenigen Verbrechen, worauf die schärfere Strafe bestimmt ist, zuerkennet, zugleich aber auf jedes Verbrechen wegen Verschärfung der Bestrafung Bedacht genommen werden.

Przepis ten jest bardzo ważnym, bo stylizacya ustaw austryackich późniejszych jest bardzo podobną, a cała różnica polega tylko na ciągle postępującej tendencyi większej zwięzłości i treściwości.

Mamy tu użyte promiscue wyrażenia Missethat i Verbrechen — widocznie dla kodyfikatora identyczne: że Missethat oznacza czyn zbrodniczy, a nie obrazę prawa, wskazuje prócz kardynalnych zasad etymologii także stylizacya innych paragrafów. §. 8 mówi: Nach vollbrachter Missethat. §. 9: ist auch nicht nöthig, dass die Uebelthat wirklich ausgeführet werde..., die That nur aus Unvermögen nicht vollbracht worden ist.

W r. 1796 wychodzi ustawa zachodnio-galicyjska (Strafgesetzbuch für Westgalizien). W §. 38 tejże ustawy spotykamy się z przepisem nam już znanym, lecz stylizowanym o tyle szczęśliwiej, że zwięźlej:

Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen von verschiedener Gattung begangen, so ist er nach jenem, auf welches die schärfere Strafe gesetzt ist, jedoch mit Bedacht auch auf die übrigen Verbrechen zu bestrafen. Tu spotykamy się po raz pierwszy z owem mehrere Verbrechen begangen, które dało powód do późniejszych nieporozumień.

Ustawodawca, jak widzimy, zatrzymał ogólną cechę i główniejsze wyrażenia §. 15 ustawy z r. 1787, wobec tego użycie terminu Verbrechen zamiast Missethat zawdzięczamy raczej względom stylistycznym, niż głębszej myśli kodyfikatorskiej. Dlatego ośmielimy się twierdzić, że

Verbrechen jest identycznem z Missethat, że więc oznacza czyn przestępny jako zewnętrzne działanie zakazane przez ustawę, nie zaś jako abstrakcyjną obrazę ustawy[1]).

Ustawa z r. 1803 w §. 28 zatrzymuje powyższe brzmienie z opuszczeniem słówka »auch«.

Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen von verschiedener Gattung begangen, so ist er nach jenem, auf welches die schärfere Strafe gesetzet ist, jedoch mit Bedacht auf die übrigen Verbrechen zu bestrafen.

Rzecz dziwna, znaleźli się autorowie i to niepośledniej miary, cieszący się znacznym wpływem, którzy dopatrzeć się zdołali w powyższem postanowieniu unormowania zbiegu przestępstw tak idealnego, jak realnego, tak jednorodnego, jak różnorodnego. Byli nimi *Jenull*[2]) i *Waser*[3]).

Nadarmo zwracali uwagę *Bauer* i *Visini*, że przecież §. 28 najwyraźniej mówi o zbiegu wieloczynowym i różnorodnym, że żadną miarą niepodobna się dopatrzeć

---

[1]) Missethat = Fehlthat. (*Grimm* D. W. B. VI. 2261). Miss bedeutet untrennbare vorsilbe in Verbindung mit nominibus und verben verfehltes, falsches, unrechtes bezeichnend... die nhd. form ist... misse geblieben, fast durchgängig in missethat, missethäter (ib. 2274).

[2]) Es kann sich diese Concurrenz der Uebertretungen auf dreyerley Art ereignen: 1) wenn durch die nähmliche Handlung verschiedene Strafgesetze übertreten werden (concursus delictorum simultaneus), por. I. 217, Note a: z. B. Jemand widersetzet sich einer obrigkeitlichen Person in Amtssachen und geht in seiner Gewaltthätigkeit so weit, dass er, wiewohl ohne Absicht zu tödten derselben eine Wunde versetzt, woraus nothwendig der Tod erfolgt. Hier concurrirt öffentliche Gewaltthätigkeit mit Todtschlag, por. I. 220 f.: z. B. Der Vater verführt seine verheurathete Tochter. Hier concurrirt Blutschande als Verbrechen mit der schweren Polizey-Uebertretung des Ehebruchs.

[3]) Zeitschrift f. österr. R. G. I. 6 sq. *Waser* czuje i przyznaje, że verschiedener Gattung znaczy verschiedener Art w tym razie, stara się jednak wykazać, że powtórzenie przestępstwa musi podpaść pod §. 28, bo inaczej należałoby wymierzyć tyle kar, ile razy przestępstwo dokonano. *Waser* sądzi, że tertium non datur, a zapomina, że ustawa może tworzyć jedność przestępczą — i tak w naszym wypadku rzecz się ma (por. §. 37 b., 388 a. i b.). Przestępstwo powtórzone według ustawy z r. 1803 nie jest zbiegiem przestępstw, lecz jednością ustawową (gesetzliche Einheit).

w odnośnych postanowieniach czegoś więcej: ani zbiegu idealnego jednorodnego, ani idealnego w ogóle[1]).

Ustawa z r. 1852, oparłszy się na dekrecie nadwornym z 22 lutego 1822 J. G. S. l. 1843, dodaje zwrot: welche Gegenstand der nämlichen Untersuchung und Aburteilung sind, a usuwa wyrażenie verschiedener Gattung tak niewygodne dla komentatorów.

Tak więc §. 34 brzmi:

Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen, welche Gegenstand der nämlichen Untersuchung und Aburteilung sind, so ist er nach jenem, auf welches die schärfere Strafe gesetzt ist, jedoch mit Bedacht auf die übrigen Verbrechen zu bestrafen.

§. 35. stosuje powyższy przepis do zbiegu zbrodni z występkami i przekroczeniami a §. 267: zawiera analogiczne postanowienia odnośnie do zbiegu kilku występków, kilku przekroczeń lub występków z przekroczeniami.

Podstawowem i zasadniczem jest więc brzmienie §. 34. Jego interpretacyą winniśmy zająć się obecnie.

Interpretacya historyczna każe nam w miejsce Verbrechen, wstawić Missethat, jak widzieliśmy, a więc eine schlechte That, eine verbotene That, w każdym razie eine That.

W takim razie § 34 nie może traktować o zbiegu idealnym, lecz wyłącznie tylko realnym, bo That niepo-

---

[3]) *Bauer* Abh. III. 88. Über den einthätlichen Zusammenfluss... enthält das Gesetz (a mianowicie §. 28, 37) keine Vorschrift. *Visini* Beiträge III. 51. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen wäre daher in Concurrenzfällen eine von dem österreichischen Gerichte ausgesprochene strenge Ausmessung der Strafe nebst Verschärfung derselben nur dann als gerechtfertigt zu betrachten, wenn dem abzuurtheilenden Verbrechen von verschiedener Gattung, oder die Wiederholung... oder der Rückfall... zur Last fallen sollten... Wenn nun dagegen einer dieser drey Fälle bey einem Verbrecher nicht vorhanden seyn sollte, so wäre das gegen denselben auf die Grundlage einer vermeintlichen Concurrenz strenge ausgemessene oder nur verschärfte Urtheil im Gesetze nicht gegründet. (Tu należy więc t. zw. zbieg idealny jednorodny, a zdaje mi się zdaniem *Visiniego* także zbieg jednoczynowy w ogóle).

dobna brać w znaczeniu abstrakcyjnem, tego nie czyni nawet *Binding*[1]).

Pomijając ten rezultat interpretacyi historycznej — przejdźmy do logicznej i zastanówmy się, co ustawa austryacka z r. 1852[2]), biorąc jej ogólnego ducha, rozumie przez zwrot: Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen.

Zacznijmy od patentu wprowadczego. Patent wprowadczy w art. 1 mówi: das nachfolgende Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen als alleinige Vorschrift für die Bestrafung der darin bezeichneten Handlungen, a więc Strafgesetz jestto Vorschrift für die Bestrafung a Verbrechen, Vergehen und Übertretungen nie są niczem innem jak Handlungen.

Art 2. Hat des gegenwärtige Strafgesetz in Beziehung auf die darin als Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen erklärten strafbaren Handlungen auch dann zur Richtschnur zu dienen, wenn dieselben durch Druckschriften begangen werden, poczem niżej powtarza: die durch den Inhalt von Druckschriften begangenen strafbaren Handlungen.

I. Otrzymujemy więc zestawienie: Verbrechen (Vergehen, Übertretung) ist eine strafbare Handlung als solches (Verbrechen etc.) durch das (gegenwärtige) Strafgesetz erklärt.

---

[1]) ...wenn diese Bedingungen durch menschliche Tätigkeit geschaffen worden sind, derselbe Tatakt einen Beitrag zu verschiedenen Ursachen geliefert haben, also Bestandteil ganz verschiedener Handlungen sein kann. Handbuch I. 567.

[2]) Co ustawa z r. 1803 przez Verbrechen rozumiała, dowiadujemy się z Einleitung do tejże: Von den Gegenständen dieses Strafgesetzes, i tak I. Jede gesetzwidrige Handlung unterwirft einer Verantwortlichkeit... II. Verbrechen sind gesetzwidrige Handlungen und Unterlassungen, bey welchen die Absicht... a więc gesetzwidrige Handlungen, czyli takie działania, które sprzeciwiają się ustawie (Kais. Franz Gesetze 316), nic nam nie stoi na przeszkodzie znaczenie to wprowadzić do interpretacyi ust. z r. 1852, bo jak słusznie mówi *Herbst* (14 sq.): Denn es ist durchaus kein Grund zur Annahme vorhanden, dass das neue Strafgesetz bei jenen wichtigen Grundsätzen von einer abweichenden Anschauungsweise ausgegangen sein sollte, vielmehr... im Gegentheil...

Że Verbrechen a strafbare Handlung są to pojęcia identyczne według ustawy z r. 1852 dowodzi także ta okoliczność, że ustawa używa ich promiscue i tak §. 28 mówi raz: wenn ein Verbrechen... begangen wurde, drugi raz: wo die strafbare Handlung begangen wurde. §. 140 zawiera zwrot wird: die Handlung... ausgeübt, so ist das Verbrechen ein Todschlag.

Verbrechen (Vergehen, Übertretung) jestto więc takie działanie karygodne, które przez ustawę (Vorschrift für die Bestrafung) za takie zostało uznane i pod odpowiedną karę zostaje podciągnięte. Dlatego spotykamy wyrażenia: Derlei Handlungen... als Verbrechen mit Kerker... zu bestrafen (§. 64). Wer eine der bezeichneten Handlungen begeht... macht sich des Verbrechens schuldig... und ist mit Kerker... zu bestrafen (§. 66). Wer gegen einen Menschen handelt... wird des Verbrechens schuldig (§§. 134, 152). Obgleich Handlungen, die sonst Verbrechen sind..., nicht als Verbrechen angesehen werden können (§. 236). Die strafbaren Handlungen... die nur wegen Unmündigkeit des Thäters, nicht als Verbrechen zugerechnet werden, (werden) als Uebertretungen bestraft (§§. 237, 269 a., 270, 273). Solche strafbare Handlungen, welche schon an sich Vergehen oder Uebertretungen sind (§. 269 b.). Die strafbaren Handlungen, welche nach Verhältniss der Wichtigkeit und ihres nachtheiligen Einflusses hiermit als Vergehen oder Übertretungen erklärt werden (§. 274), por. także zestawienie §. 275—277. Wenn aber eine der in der §§. 308—310 genannten Handlungen durch Druckschriften begangen wird, soll sie als Vergehen mit... geahndet werden (§. 310). Jede Handlung oder Unterlassung... soll als Uebertretung mit... als Vergehen mit... geahndet werden (§. 335), die anderen Handlungen und Unterlassungen... sind als Uebertretungen zu bestrafen (§. 459).

Verbrechen, Vergehen, Übertretung są więc tylko nazwami na oznaczenie różnych stopni karygodności działania. Strafbare Handlung może otrzymywać także inną etykietę, a to stosownie do jej rodzaju, nie zaś już do stopnia jej szkodliwości np. die erwähnten Handlungen...

sind (als Hochverrath) zu beurtheilen und zu bestrafen (§. 58).

Działanie (Handlung) przez to tylko jednak może przybrać cechę czy to zbrodni, występku, czy przekroczenia, nazywać się zdradą główną, czy inaczej, jeżeli stanowi naruszenie ustawy (Gesetzesübertretung) i to takie, które uwzględnia ustawa karna. Ztąd art. V. pat. wprow. mówi o andere Gesetzesübertretungen, o których rozstrzygać mają osobne urzędy według specyalnych przepisów. Ztąd §. 311 wyraża się: insoferne sich darin nicht das im §. 105 bezeichnete Verbrechen oder eine andere schwerer verpönte Gesetzesübertretung darstellt, nie należy jednak sądzić, jakoby ustawa w tem miejscu sprzeniewierzyła się realnemu ujęciu przestępstwa jako działania, bo ten sam zwrot spotykamy w §§. 300, 302, 305, 309, 312, 411, 478, z tą tylko różnicą, że w miejsce Gesetzesübertretung czytamy strafbare Handlung... wenn nicht eine schwerer verpönte strafbare Handlung darstellt.

Niewątpliwie więc działanie (Handlung), które jest naruszeniem ustawy (Gesetzesübertretung), jest skutkiem tego karygodnem (strafbar), może być bardziej lub mniej zagrożonem karą (schwerer verpönt) przez ustawę karną (Vorschrift für die Bestrafung), podciągniętem pod jedną z trzech kategoryi Verbrechen, Vergehen, Uebertretung.

II. Działanie należy przedsięwziąć, w świecie zewnętrznym rozwinąć — die Handlung, die strafbare Handlung wird begangen (art. II. pat. wprow.), będąc przestępstwem (Verbrechen etc.), musi być także dokonanem. Dlatego wyrażenie Verbrechen, Uebertretung (begeht) werden (wird) begangen spotykamy w całym szeregu paragrafów, a mianowicie: §§. 4, 7, 28, 29, 36, 37, 38, 44 a., e., 46 c., 52, 58, 76, 99, 101, 102, 104, 106, 118, 120, 122, 125, 128, 149, 166, 204, 206, 211, 227, 263 l., 307, 451, 477. §. 8 ust. z 27 V. 1885 l. 134 D. u. p., także inne analogiczne termina jak Vollbringung des Verbrechens (das vollbrachte Verbrechen) nie są w ustawie rzadkością (§. 8, 47 a.), podobnie Verbrechen verübt (§§. 4, 47 b., 236).

III. Działanie (karygodne) jednak jako proces świata zewnętrznego, zjawisko, nie ogranicza się na abstrakcyj-

nem naruszeniu ustawy (Normwidrigkeit, Rechtsverletzung), lecz według prawa przyczynowości wywołać musi pewne skutki zewnętrzne, skutki działania karygodnego (zwanego także Uebelthat §. 5) nie mogą być dobre, przeciwnie są złe, szkodliwe (ueble, schädliche Folgen). Stąd mówi §. 313 wenn jedoch Beleidigung Folgen nach sich gezogen §. 61 eine schädliche Folge, §. 354 schädliche Folgen §. 319 erfolgte Schaden §. 430 wirklicher Schaden erfolgt §. 500. Unordnungen und Ausschweifungen als gewöhnliche Folgen. Ważnem jest niejednokrotnie, dla kwestyi winy, by skutki te były naturalne (natürliche, für Jedermann leicht erkennbare Folgen §. 335). Czyn zły (Uebelthat §. 5) za następstwo ma przedewszystkiem zło (das Uebel). Dlatego §. 1 używa zwrotu: das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, bedacht und beschlossen... das Uebel welches dadurch (etwas unternommen oder unterlassen worden entstanden ist) gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann, bo Uebel jestto Erfolg mit dem Verbrechen verbunden; zło (Uebel) może być różne, może być uszkodzeniem ciała, ścieśnieniem wolności, naruszeniem czci i majątku (§. 98 b.), może być chorobą zaraźliwą (Pest oder andere ansteckende und für den allgemeinen Gesundheitszustand gefährliche Krankheiten z §. 393.)

Jeżeli ustawa skutków tych nie nazywa wprost złem, to jednak skutki, czy to działania (karygodnego) w ogólności, czy zbrodni nie są wcale korzystne (§. 155 c. die Handlung mit Qualen... verbunden war §. 156. Hat das Verbrechen für den Beschädigten den Verlust der Sprache nach sich gezogen. §. 126: Hat die Gewaltthätigkeit einen wichtigen Nachtheil der Beleidigten zur Folge gehabt... Hat das Verbrechen den Tod der Beleidigten verursacht).

Zło może powstać właśnie stąd, że ktoś działając nie wiedział, jakie skutki działanie jego mieć będzie (§. 2 f. Uebel aus Unwissenheit der Folgen der Handlung entstanden).

IV. Z czynnością karygodną łączy się zazwyczaj zamiar wywołania owego złego skutku a więc zły zamiar (böse Absicht §. 1) zamiar wywołania takiego skutku, który ustawa wraz z działaniem podciąga pod pojęcie przestępstwa,

o tyle też tylko można mówić wraz z ustawą o Absicht auf das Verbrechen. (§. 2 c).

V. Pojęcie działania karygodnego tak ściśle związanem jest ze złym zamiarem a więc zamiarem wywołania szkodliwych zewnętrznie widocznych skutków, tudzież z pewną rzeczywistą szkodą lub niekorzyścia, że ustawa odnośnie do pewnych występków i przekroczeń zwalnia z tego warunku a ogranicza się wymagania prostego nieposłuszeństwa ustawie (gegen ein Verbot, gegen ein Gebot §. 238). Jestto jeden z tych wyjątków, które potwierdzają regułę a regułą w tym wypadku jest ścisła łączność między działaniem, jego zewnętrznemi skutkami i zamiarem wywołania tych skutków.

Na podstawie powyższego rozbioru ośmielimy się dać definicyę przestępstwa (według ustawy austryackiej jestto: działanie (Handlung, That, Uebelthat) dokonane (begangen, verübt) z zamiarem (Absicht, böse Absicht) wywołania złych skutków w świecie zewnętrznym (Uebel, ueble Folgen) uznane (erklärt) przez ustawę karną (Strafgesetz) nie będącą niczem innem, jak normą karania (Vorschrift für die Bestrafung) za karygodne (strafbar) i poczytane (zugerechnet) jako jedna z trzech kategoryi a mianowicie jako zbrodnia, występek lub przekroczenie (Verbrechen, Vergehen, Uebrertretung).

Już z tej definicyi wynika, że ujęcie istoty przestępstwa jest w ustawie naszej zupełnie realnem, nie da się wcale wsunąć tu prawniczego pojęcia działania (den juristischen Begriff der Handlung) *Bindinga*, *Hälschnera* lub któregokolwiek zwolenników tej tak przez nas nazwanej Handlungstheorie.

Kiedy teoretycy ci widzą tyle działań, ile jest zamiarów, ustawa nasza zdolną jest przyjąć cały szereg zamiarów przy jednem działaniu, jeżeli pod działaniem karygodnem rozumieją bezprawny nastrój woli (das schuldhafte Verhalten des Willens) ustawa nasza mówi o procesie zewnętrznym, o działaniu dokonywanem (begangen, verübt), jeżeli wreszcie pod skutkiem (Erfolg) teoretycy wzmiankowani rozumieją obrazę ustawy lub prawa (np. Verletzung ehelicher Treue, Familienschändung) ustawa nasza mówi

o złych skutkach (ueble, schädliche Folgen, Uebel) polegających na cierpieniu (Qualen), stratach majątkowych, uszkodzęniu ciała.

Gdyby jednak już samo powyższe zestawienie nie było wystarczającem do wyjaśnienia, jak ustawa pojmuje przestępstwo, w znaczeniu idealistycznem, czy realnem, to do wyjaśnienia posłuży interpretacya ściśle gramatyczna synonymu Verbrechen a mianowicie strafbare Handlung.

Słowo Handeln oznacza facere, agere, negotiari etwas thun, vollbringen, verrichten, betreiben eine Handlung thun, etwas ausführen, mit einer That vorgehen, verfahren; diese alle handeln wider des Kaisers gebot apost. gesch. 17. 7. Rzeczownik Handlung oznacza w najogólniejszem znaczeniu: jede Verrichtung und Kraftäusserung eines Wesens, Ausführung eines Willens oder Vorsatzes, Thätigkeit... thaat, gestio, factum, praxis, actus. Handlungen, die ich mein tag ye gethan hab, vitae meae acta... eine Reihe von Bewegungen die auf einen endzweck abzielen, heiszet eine Handlung *(Lessing)*[1]).

Zarzuci nam *Binding*, że używamy pojęcie podłego gatunku (Afterbegriff) wyrazu Handlung, że radzimy się życia codziennego zamiast przejąć piękne pojęcie prawnicze, lecz i swoboda teoretyków stanowiąca ἀνάλογον do licentia poetica ma swe granice. Ustawa karna nie istnieje dla kilku myślicieli, nie istnieje na to, by uczeni wstawiali w nią swoje świeżo odkryte definicye i podsuwali jej myśli wprost z jej duchem sprzeczne. Ustawa karna reguluje życie codzienne. Jeżeli nieświadomością ustawy zasłaniać się nie można, to nieświadomość sztucznej interpretacyi nikomu nie zaszkodzi, bo wyrażenia użyte w kodeksie należy rozumieć tak, jak je rozumie życie codzienne.

Tak więc stwierdzamy: interpretacya gramatyczna podobnie jak historyczna i logiczna wykazują, że ustawa austryacka z r. 1852 przez Verbrechen (Vergehen, Uebertretung) rozumie działanie naturalne (karygodne), a więc w §. 34, 35, 267 mówiąc mehrere Verbrechen begangen itp., ma na myśli odrębne czyny przestępne, nie zaś naru-

[1]) Str. 373 sq. *Grimm* IV.

szenie ustaw różnych (ewentualnie jednym czynem), z czego wynika, że ustawie austryackiej z r. 1852 nie jest znanym zbieg przestępstw idealny[1][2][3]).

[1]) Oczywiście mamy na myśli tak zbieg różnorodny, jak jednorodny, bo skoro ustawa wymaga do zaistnienia zbiegu przestępstw kilku samoistnych działań, to jedno działanie będzie zawsze tylko jednem przestępstwem bez względu na to, czy więcej ustaw obraża, czy więcej skutków wywołuje.

[2]) Innego zdania są: *Hye* I. 448 sq. (który twierdzi nawet, że w razie powalenia dwu ludzi jednym strzałem, dokonano dwu czynów morderczych: zwei Mordthaten (!) begangen 449). *Herbst* I. 121. 122. *Janka* 166 sq. *Krzymuski* II. 196 sq. *Rosenblatt* 82. *Schütze* Z. III. 87. *Zachariae* Archiv. des Crim. R. 1853 str. 414 sq. według którego §. 34 nie zawiera wprawdzie żadnej Begriffsbestimmung, lecz za to z §. 44 a. b. można wyprowadzić myśl ustawy, na tem samem stanowisku stoi również Najwyższy Trybunał przyjmujący w szeregu rozstrzygnięć zbieg idealny i tak: gwałt z §. 98 a posunięty aż do uszkodzenia ciała, stanowi zbieg idealny przestępstw z §. 98 a i 152 sq. (rozstrz. z 4 grudnia 1886 r. l. 10248. Sg. Nr. 1000) podobnie w razie, jeżeli wymożenie powyższe stosowano do ojca rodzonego zbieg §. 98 a i 153 (rozstrz. z 24 maja 1884 r. l. 3367), jeżeli obok zamiaru wzniecenia obawy z §. 99 sprawca miał zamiar wymożenia z §. 98 a (rozstrz. z 16 grudnia 1881 r. l. 6531). Jeżeli uwodziciel przedsięwziął czynność z §. 128 na osobie powierzonej jego nadzorowi, wychowaniu lub nauce (§. 132) (rozstrz. z 6 grudnia 1880 r. l. 9460 i 21 stycznia 1876 r. l. 14450 itd.). Wyrwanie koniowi włosienia z ogonu w zamiarze dokonania kradzieży z uszkodzeniem cudzej własności (rozstrz. z 4 marca 1883 r. l. 3465) itd. Na tem stanowisku stoi także świeże rozstrzygnięcie z 31 stycznia 1896 r. l. 13308/95, choć odrzucające zbieg idealny w danym wypadku (§. 335 i 431). Por. Przegl. prawa 215/96.

Natomiast zupełnie odmienną zasadę zawiera rozstrz. z 11 sierpnia 1853: słów obraźliwych, których użył oskarżony nie można mu poczytać równocześnie za obrazę majestatu i zbrodnię z §. 65 a. Dieser Ansicht muss auch der Cassationshof beipflichten, indem eine und dieselbe Handlung nicht aus einem doppelten Gesichtspunkte nach verschiedenen Strafgesetzen als strafbar angesehen werden kann. (*Herbst*. Die grundsätzlichen Entscheidungen str. 2). Zasadniczo inną znów myśl zawiera rozstrz. z 18 marca 1875 l. 2634. Sg. 53. (Plenarbeschlüsse I. 282). Der Grundsatz... dass eine und dieselbe Handlung nicht einen doppelten Thatbestand einer strafbaren Handlung begründen könne, ist unrichtig.

Zapatrywania w tekscie przedstawionego broni *Hiller* Gs. 32. 235. *Heinemann* 112 sq. por. enigmatyczne zdanie *Fingera* I. 222. Diese schwierige sowohl hinsichtlich ihrer praktischen Bedeutsamkeit, als ihrer theoretischen Richtigkeit angefochtene Eintheilung (in einthätige und mehrthätige C.) ist für das österr. Recht ohne Bedeutung (w oryginale także rozstrzelonemi czcionkami).

Chcąc zapoznać się z duchem, tendencyą ustawodawstwa, trzeba uwzględniać je na pewnem tle tego, co je poprzedziło a także i tego, co po niem nastąpiło lub przynajmniej nastąpić mogło i co z pewnością byłoby nastąpiło, gdyby nie zaszły pewne okoliczności zupełnie z ideą kodyfikacyjną żadnego nie mające związku. Uwzględnianie

---

[3]) Choć kwestya ta nie wchodzi w zakres naszego studyum, to jednak passim ośmielimy się stanowczo wystąpić przeciw twierdzeniu. *Hye* I. 453 sq. *Herbst* 123. *Krzymuski* II. 197. *Rosenblatt* 82. *Janka* i *Finger* w sprawie tej milczą), jakoby kodeks austryacki znał zbieg przestępstw realny jednorodny, czyli t. zw. powtórzenie przestępstwa podciągał pod pojęcie wielości a nie jedności przestępstwa.

Teoretycznie może być owa konstrukcya zupełnie uzasadnioną, lecz jak zaznaczyliśmy ustawa grupuje dowolnie działania, tworząc dowolne podziały (por. wyżej str. 12 uw. 2 i 13 uw. 1). Otóż kodeks austr. w §. 34, 35 i 267 mówi tylko: Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen (nie zaś jakby powinien był dodać, gdyby chodziło o zbieg realny jednorodny: oder dasselbe Verbrechen mehrmals begangen, por. stylizacyę §. 74 RstrGB.), skreślenie wyrażenia verschiedener Gattung z §. 28 ustawy z r. 1803 jest tylko uproszczeniem stylistycznem, argument zaś, że w §. 44 b. i 263 b. wspomina o okoliczności obciążającej powtórzenia przestępstwa niczego nie dowodzi, bo §. 263 pod lit. a. mówi także o Fortsetzung derselben, strafbaren Handlung durch längere Zeit, a nikt (por. *Krzymuski* II. 4) nie wyciągnie stąd wniosku, że ustawa w fortgesetztes Verbrechen widzi wielość przestępstw. Wyraźnie wskazuje na to, że Wiederholung ma tylko znaczenie okoliczności obciążającej jedno przestępstwo §. 412 stanowiący: Die Strafe der Uebertretung ist... nach der öfteren Wiederholung... Arrest von... bis zu... a więc zachodzi tu tylko jedno przekroczenie. Gdyby zaś już z §. 34 (35, 267) w zestawieniu z §. 44 b. i 263 b. wynikało, że ustawodastwo austr. zna zbieg jednorodny realny przestępstw, ustawa nie powtarzałaby raz jeszcze nach der öfteren Wiederholung w danym przypadku. Jestto tylko dowód, że Wiederholung ma znaczenie prostej okoliczności obciążającej na równi z fortgesetzt, geschäfts-gewohnheitsmässig, por. wyżej str. 12 uw. 1, która w danym wypadku ma tak wielkie znaczenie, że ustawa nie ogranicza się na władzę dyskrecyonalną sędziego z §. 43 sq., lecz specyalnie wysokość kary normuje.

Jak małej wagi jest zjawisko, że kodeks zna wśród okoliczności obciążających: Wiederholung dowodzi fakt następujący: ustawa z r. 1803 w §. 28 mówi najwyraźniej (innego zdania *Waser* 7) o zbiegu różnorodnym: Verbrechen verschiedener Gattung begangen (podobnie ustawa Józefińska i zachodnio-galicyjska) a jednak mimo to istniała okoliczność obciążająca powtórzenia w §. 37 b. swoją drogą (fałszywym torem poszedł *Visini* w ustępie wyżej cytowanym wysnuwając z §. 37 b. wniosek sprzeczny

projektów do ustaw jest do pewnego stopnia interpretacyą historyczną pro futuro. Z natury rzeczy ma ona o tyle mniejsze znaczenie, niż interpretacya historyczna na podstawie ustaw poprzedzających, że nikt ręczyć nie może, czy dany przepis w tej formie, lub nawet w tej treści, byłby do ustawy obowiązującej wszedł, w każdym jednak razie projekty są rezultatem pracy kodyfikatorskiej ludzi bądź to przez rząd do stworzenia nowej ustawy powołanych, bądź to przez parlament do przestudyowania rządowego przedłożenia wybranych. Są to w każdym razie czynniki, których głos odnośnie do treści i układu ustawy odgrywa rolę pierwszorzędną.

Jeżeli wreszcie cały szereg projektów wypowiada stale jedną i tę samą myśl zasadniczą, nieraz w tej samej stylizacyi, to chyba nikt nie odmówi jej znaczenia symptomatycznego.

Wypadek ten zachodzi w historyi ustawodawstwa austryackiego w stosunku do zajmującej nas kwestyi.

Pierwszy projekt rządowy z r. 1867 wypracowany na podstawie projektu *Hyego* przez całą komisyę złożoną z najpoważniejszych przedstawicieli jurysprudencyi traktuje w §. 27 o zbiegu przestępstw jednorodnym realnym (durch Wiederholung), w §. 29 o realnym różnorodnym (durch Anhäufung), o zbiegu zaś ustaw czyli o t. zw. zbiegu idealnym mówi w §. 30 zatytułowanym znamiennie Schein-Concurrenz. Paragraf ten brzmi: Wenn hiernach in einer That obgleich auf dieselbe die Begriffsbestimmungen verschiedener Gesetzesübertretungen anwendbar erscheinen, nicht ein Zusammentreffen mehrerer, sondern nur eine einzige strafbare Handlung zu erkennen ist, so hat bei der Beurtheilung, welche der verschiedenen strafgesetzlichen Begriffsbestimmungen auf eine solche That anzuwenden sei, 1. die Art vor der Gattung und 2. in Ermanglung dieses Verhältnisses zwischen denselben die strenger verpönte Handlung vor der weniger strafbaren den Vorzug. Paragraf ten można interpretować dwojako: albo traktuje on wyłącznie o zbiegu ustaw

---

z brzmieniem §. 28). Tak więc śmiem twierdzić §§. 34, 35, 267 kk. traktują tylko o zbiegu przestępstw realnym różnorodnym.

niewłaściwym (pozornym) albo też obok tego traktuje także o zbiegu ustaw właściwym (t. zw. zbiegu idealnym). Za drugą alternatywą przemawia okoliczność, że gdybyśmy przyjęli pierwszą, to o t. zw. zbiegu idealnym nie byłoby w ustawie ani wzmianki a jednak raczej ta forma zbiegu zasługiwała na uwagę, niż kwestya zastosowania ustawy w wypadkach wątpliwych; to rzecz nie ustawy, lecz teoryi, która ma sędziego nauczyć wyszukiwania odnośnych przepisów.

Dlatego sądzimy, że §. 30 projektu z r. 1867 traktuje wprawdzie także o t. zw. pozornym (pod 1), obok tego jednak o właściwym zbiegu ustaw (pod 2).

Gdybyśmy jednak przyjęli alternatywę pierwszą, to w takim razie musielibyśmy tylko stwierdzić, że projekt w ogóle o t. zw. zbiegu idealnym milczy, czyli, że stoi na stanowisku ustawy z r. 1852.

W każdym razie projekt z r. 1867 zbiegu idealnego przestępstw, jako takiego nie zna, ewentualnie identyfikuje go ze zbiegiem ustaw.

Zupełnie jasno stawiają kwestyę projekty z r. 1874 rządowy §. 75), 1877 (wydziałowy §. 75), 1881 (rządowy §. 77), 1889 (rządowy §. 75), 1889 (wydziałowy §. 78).

Wszystkie te projekty zaczynają odnośne przepisy od słów: Wenn durch eine und dieselbe Handlung verschiedene Bestimmungen des Strafgesetzes verletzt sind...

Tu już nie ma wątpliwości, że chodzi o zbieg ustaw właściwy.

Otóż konkluzye są mniej więcej te same. §. 75 proj. z r. 1874 mówi: so kommet nur diejenige Bestimmung, welche die schwerste Strafe und bei ungleichen Strafarten diejenige, welche die schwerste Strafart androht zur Anwendung. Jestto brzmienie identyczne niemal z tekstem art. 73 ustawy niem. z r. 1871. Projekty następujące zmieniają to brzmienie na inne: so ist nur eine Strafe zu verhängen; hiebei kommt ein Strafsatz in Anwendung, welcher sich in Bezug auf Art, Höchst und Mindestausmass nach denjenigen der verletzten Bestimmungen zu richten hat, welche in dieser Hinsicht die strengsten sind.

Jestto ta przeciętna kara złożona z czynników pochodzących z różnych ustaw, którą tak wysoko stawia *Liszt*[1]). Czy przyjmiemy tekst projektu z roku 1874, czy następnych, w każdym razie kara będzie jedna, a mianowicie albo z ustawy uznanej za najodpowiedniejszą, albo przeciętna z kilku zbiegających się ustaw.

W każdym razie wszystkie te projekty mówią o jednej czynności karygodnej, która obraża kilka ustaw karnych. Projekt rządowy z r. 1891 przemilcza znów zupełnie kwestyę t. zw. zbiegu idealnego, bo w §. 76. mówi tylko o realnym: Beim Zusammentreffen mehrerer mit Strafe bedrohten Handlungen, a nagłówek VI. rozdziału brzmi: Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen. Nie ma więc chyba wątpliwości, że eine mit Strafe bedrohte Handlung może mieć tylko realne znaczenie, że nie można pod to pojęcie podsunąć Gesetzesübertretung i tem samem skonstruować zbieg idealny.

Projekt wydziałowy z r. 1893 w §. 70 dodaje zdanie normujące zbieg ustaw: Wenn jemand durch eine und dieselbe strafbare Handlung verschiedene Bestimmungen des Strafgesetzes verletzt (poczem: oder durch mehrere Handlungen verschiedene Verbrechen oder Vergehen oder dieselbe Uebertretung wiederholt hat). Rozróżnienie między zbiegiem ustaw a zbiegiem realnym jest tu widoczne[2]).

Stwierdzamy zatem: projekty ustawy karnej austryackiej nie znają zbiegu idealnego, lecz albo zupełnie tę konstrukcyę przemilczają, albo w miejsce jej wstawiają zbieg ustaw[3]).

---

1) Lehrb. VII. A. 226, Note 5, por. krytykę *Heinemanna.*

2) Stanowczym błędem jest pozostawienie nagłówka: Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen wobec tego, że ustawa mówi także o przypadku jednej strafbare Handlung podpadającej pod różne ustawy. Gotów się znaleźć jaki interpretator, który z tej nieuwagi korzystając, wykaże (por. wyżej str. 84 uw. 4 interpr. §. 73 k. niem.), że strafbare Handlung oznacza Normwidrigkeit, Verwirklichung eines rechtlich relevanten Willens.

3) *Schütze* Z. III. 105 zarzuca projektom: Brechen mit der österreichischen Rechtskontinuität, dlatego, że normują zbieg ustaw. O ile zarzut ten jest nieuzasadnionym, staraliśmy się wykazać w tekscie. Projekty rozwijają tylko myśli w ustawie z r. 1852 już drzemiące.

Zestawmy ten rezultat z poprzednimi, a obraz ogólny przedstawi się jak następuje:

Obcy ustawodastwu germańskiemu zbieg idealny odegrał podrzędną, epizodyczną rolę w latach 1813—1847 wprowadzony na scenę historyi prawa, dzięki *Feuerbachowi*, przez kilka ustaw partykularnych niemieckich, jednak nie dotarł do ustawodastwa austryackiego, które bądź to zupełnie go nie wspomina, bądź identyfikuje go ze zbiegiem ustaw.

Zapytać się przychodzi, skąd wzięło się zatem błędne mniemanie, że ustawa z r. 1852 zna zbieg idealny, a mianowicie, że w §. 34, 35, 267 zestawia pod względem kary na równi ze zbiegiem realnym?

Przyczyna prosta: nastąpiło tu znane w historyi prawa podsunięcie ustawie tego, czego ona nie postanawia i co z jej ducha wcale nie wynika[1][2].

---

[1]) Zaszedł tu wypadek znany w dziejach interpretacyi ustaw, historycznym jest bowiem sposób, w jaki *Carpzov* i *Boehmer* tłómaczą Art. 137 Karoliny: ustawa ta opierająca się w kwestyach winy na prawie rzymskiem (zrywająca z germańskiem Erfolghaftung), odróżnia fürsetzliche mutwillige mörder od todtschlag auss gecheyt und zorn — niewątpliwie zatem za podstawę służy jej przy tem rozróżnieniu rzymskie: delinquitur aut proposito aut impetu (l. 11 §. 2 D. poen. 48, 19 *Marcianus*), również niewątpliwie mamy więc tu do czynienia z rozróżnieniem na dolus praemeditatus i repentinus. (*Loeffler* Schuldformen 80, 163 sq.). *Carpzov* zastanawia się nad kwestyą, czy CCC. przepisuje w razie popełnienia czynu cum dolo indirecto poenam ordinariam — i twierdzi, ponieważ ustawa nie byłaby notabilem eiusmodi distinctionem przemilczała, gdyby chciała widzieć różnicę w praktycznem traktowaniu (karze), a skoro mimo to nic w sprawie tej nie stanowi ergo Carolina obie te postacie złego zamiaru zna, lecz w oczach jej dolus directus i indirectus są identyczne. (*Loeffler* 167 sq.). Wreszcie *Boehmer* twierdzi już stanowczo, że Carolina opiera różnicę między morderstwem a zabójstwem na różnicy między dolus directus i indirectus (*Loeffler* 175 sq.). Oto jak podsuwa się ustawie myśli wprost z nią sprzeczne dla braku znajomości rozwoju historycznego i dowolnej interpretacyi miejsc niedomówionych.

[2]) Bardzo trafnie *Hiller* G. S. 32, 235. Trotzdem bemühte sich die österreichische Doctrin von jeher auch die Unterscheidung von einthätlicher und mehrthätlicher (ideeller-realer) Concurrenz in das österreichische G. B. hineinzutragen.

Jestto wynik tej dowolności interpretacyjnej, przed którą wszyscy wzajemnie się ostrzegają, na którą wszyscy utyskują[1]), która jednak ze świata nie znika.

§. 2. Konsekwencye podsuwania ustawie zbiegu idealnego. Zanim przejdziemy do rozbioru konsekwencyi wynikających z naszej interpretacyi §§. 34, 35, 267 u. k., rzućmy okiem na skutki interpretacyi przeciwnej.

Skutki tego zapatrywania wystąpią jaskrawo dopiero w praktyce, w zastosowaniu ustawy materyalnej i w zetknięciu z ustawą o postępowaniu karnem. Dla łatwiejszego przeglądu weźmy za punkt wyjścia jakikolwiek praktyczny przypadek.

Jakób F. w R., wsi położonej w okręgu sądu krajowego krakowskiego, w czasie od 13 kwietnia do 30 listopada kilkakrotnie spółkował z Anną K., lat 12 liczącą, nadzorowi jego powierzoną.

Według interpretacyi uznanej §. 34 u. k. popełniał działaniem powyższem (spółkowaniem) dwa przestępstwa (zbrodnie) zgwałcenia z §. 127 i uwiedzenia do nierządu osoby powierzonej (§. 132), podczas kiedy według nas popełnił jedno działanie naruszające dwie ustawy karne. Przyjmując interpretacyę uznaną §. 34 sam już akt oskarżenia przybierze formę nieco sprzeczną z przepisami procedury z r. 1873.

---

1) Por. *Schwarze* G. S. 34, 580. *Reiffel* G. S. 39, 536 odnośnie do interpretacyi §. 73 kodeksu niemieckiego. Aber alle anderen Unzuträglichkeiten, die in dieser Materie sich bis jetzt ergeben haben, hat nicht der Gesetzgeber verschuldet, sondern sind lediglich die Folgen einer Auslegung des Gesetzes, zu der weder der Wortlaut noch der Geist desselben zwingt. Por. także *Zachariae* Zunächst kann unserer Ausicht nach, bei der Anwendung des österr. Strafgesetzbuchs weniger darauf ankommen, welche Arten oder Eintheilungen der Concurrenz die Theorie aufgestellt hat, sondern es handelt sich nur darum, welche Fälle der Concurrenz der Gesetzgeber für die Bestrafung besonders ins Auge gefasst oder als practisch relevant hervorgehoben hat. Denn das entgegengesetzte Verfahren führt leicht dahin, dem Gesetze etwas unterzuschieben oder in dasselbe hineinzutragen, was in der That gar nicht darin enthalten ist (Archiv. des Crim. R. 1853, 414).

W myśl bowiem §. 207 prk.: Die Anklageschrift muss enthalten: 2) die Angabe der ihm (dem Angeklagten) von dem Ankläger zur Last gelegten strafbaren Handlung oder Handlungen nach allen ihren gesetzlichen die Anwendung eines bestimmten Strafsatzes bedingenden Merkmalen, wobei die besonderen Umstände... soweit hinzufügen sind, als dies zur deutlichen Bezeichnung der That nothwendig ist; 3) die gesetzliche Benennung der strafbaren Handlung oder Handlungen, worauf die Anklage gerichtet ist, sowie die Anführung jener Stellen des Strafgesetzes, deren Anwendung beantragt wird[1]).

Tak więc w naszym przypadku akt oskarżenia, w myśl przepisów procedury, winien mieć formę:

C. k. Prokuratorya Państwa oskarża Jakóba F., rodem etc., o to, że w R. w czasie od 13 kwietnia do 30 listopada 1895 przedsięwziął na więcej zawodów nadużycia Anny K., zaledwie 12 lat liczącej, nadzorowi swemu powierzonej do pozamałżeńskiego cielesnego spółkowania (ewentualnie z dodatkiem: »nakłoniwszy ją do nierządu«), czem dopuścił się zbrodni (des Verbrechens) zgwałcenia z §. 127 i uwiedzenia do nierządu z §. 132, za co karę z §. 126 u. k. ponieść ma.

Praktyka jednak przyjmując, że ustawa materyalna zna idealny zbieg przestępstw, postępuje zupełnie konsekwentnie i oskarża o popełnienie 2 przestępstw, nadając aktowi oskarżenia następującą formę:

C. k. Prokuratorya Państwa oskarża Jakóba F. o to,

1) że w czasie od 13 kwietnia do 30 listopada 1895 przedsięwziął na więcej zawodów nadużycia Anny K. zaledwie lat 12 liczącej, do pozamałżeńskiego cielesnego spółkowania, czem dopuścił się zbrodni zgwałcenia z §. 127, tudzież

---

[1]) Podanie podstawy faktycznej oskarżenia, tj. wymienienia czynów zarzuconych obwinionemu... podanie podstawy prawnej oskarżenia, tj. wymienienie nazwy ustawowej zarzuconych przestępstw. (*Krzymuski* Proces 332). *Rosenblatt* tłómaczy (por. ust. o post. k.) strafbare Handlung = przestępstwo, zdaje mi się, że dosłownie znaczy czyn karygodny. Por. *Vargha* 243. *Ullmann* 479. *Rulf* 120.

2) że w tym samym czasie i miejscu nakłonił powierzoną nadzorowi swemu Annę K. do nierządu przez cielesne z sobą spółkowanie, czem dopuścił się zbrodni uwiedzenia do nierządu z §. 132.

Za oba te czyny Jakób F. karę ponieść ma w myśl §. 126 u. k. przy zastosowaniu §. 34 u. k.

Tak więc dla skonstruowania zbiegu idealnego trzeba było stworzyć dwa działania z każdego jednolitego spółkowania: raz spółkował Jakób F. z 12 letnią Anną K., drugi raz Jakób F. z powierzoną jego nadzorowi Anną K.[1]).

Choć zwolennicy teoryi działań (A. 1.) z *Bindingiem* na czele czuć muszą zadowolenie z wprowadzenia w ten sposób w życie ich doktryny, bo z jednego działania naturalnego stworzono dwa działania prawne, jednak my musimy stwierdzić, że ten sposób układania aktu oskarżenia wprost sprzeciwia się ustawie o postępowaniu karnem.

§. 207 mówi wyraźnie strafbare Handlung oder Handlungen, That[2]), a więc ma w naszym wypadku na myśli

---

[1]) Reprezentant praktyki *Mayer* II. 21 wprawdzie zgadza się w niektórych wypadkach na zupełne ignorowanie lżejszego przestępstwa konkurującego da der erkennende Richter nichtsdestoweniger auch wegen des leichteren Straffalles bestrafen kann und eventuell muss, wenn er die Merkmale der schwereren Falles nicht für vorliegend erachtet..., lecz mimo to radzi: Gleichwohl kann es unter Umständen insbesondere, wenn die Existenz des schwereren Straffalles Zweifeln unterliegt, sehr zweckmässig sein auch mit Rücksicht auf den leichteren Straffall die Anklage mitzuerheben, a więc oskarżać o samoistne drugie przestępstwo. Praktyka uznając tę wskazówkę za sehr zweckmässig, trzyma się tej drugiej alternatywy. Pierwsza zresztą (zupełne ignorowanie konkurującego przestępstwa) sprzeciwia się zasadom traktowania praktycznego tak zbiegu ustaw, jak zbiegu idealnego przestępstw.

[2]) Jak rozumie procedura karna wyrażenie strafbare Handlung, pouczy nas następujące zestawienie:

Ustawa o postępowaniu identyfikuje przedewszystkiem That i strafbare Handlung 1) w stosunku do „zur Last gelegte“ That (317, 320), strafbare Handlung (376, 263 III.); 2) w stosunku do „der Entscheidung (der Anklage, dem Urtheile) zu Grunde liegende“ That (281, 10; 343, 11; 259), Handlung (318, 289), podobnie i Verfolgung odbywać się może wegen einer anderen strafbaren Handlung (254), That (343, 10 b.), Thatsachen (321 III.), również skazanym (verurtheilt) lub uwolnionym (freigesprochen) można być wegen derselben That (263, 353, 3), Handlung (355), wegen Verbrechens oder Vergehens (362), można

rzeczywiste działanie — spółkowanie, wymaga następnie tylko ustawowej nazwy, poprostu etykiety, którą przylepić należy na to działanie (gesetzliche Benennung), że w danym razie etykiet tych mamy dwie, nie zmienia nic na rzeczy — działanie jest jedno.

Przejdźmy do pytań dla przysięgłych.

§. 318 postanawia: Die Hauptfrage ist darauf gerichtet: Ob der Angeklagte schuldig sei, die der Anklage zu Grunde liegende Handlung begangen zu haben. Hiebei sind alle gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung in die Frage aufzunehmen und die besonderen Umstände der That nach Ort, Zeit, Gegenstand u. s. w. so weit beizufügen, als dies zur deutlichen Bezeichnung der That... nothwendig ist.

Zdaje mi się, nikt nie zaprzeczy, że §. 318 używa wyrażeń Handlung, strafbare Handlung, That na oznaczenie naturalnego działania, że strafbare Handlung jestto Handlung, die gestraft werden soll, wynika to z ogólnego ducha ustawy procesowej.

Ustawa o postępowaniu wymaga więc formy pytania, skierowanej na podniesienie wszystkich znamion faktycznych, mających znaczenie dla ustawy materyalnej, cechujących dane działanie naturalne[1]).

---

być uznanym winnym (schuldig erklärt, befunden) einer That (267, 321), einer strafbaren Handlung (265), można popełnić (begehen, begangen) die That (337) eine strafbare Handlung (279, 363, 3). Tak czyn (That) jak działanie (Handlung) mają znaczenie dla ustawy dopiero z chwilą, gdy noszą na sobie znamiona karygodności (por. Bezeichnung der That 262 schwerer strafbare Handlung 265) die That mit Strafe bedroht (337), Strafbarkeit der That (343, 10 b.) strafbare Handlung, die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung 325, bei seiner Verurtheilung wegen dieser That unter ein Strafgesetz fide, welches strenger ist als dasjenige, welches auf die in der Anklageschrift angeführte strafbare Handlung anzuwenden wäre (263, 363, 3) eine That sich als Verbrechen darstellt (356, 3, 357) begründet ein Verbrechen oder Vergehen (278 II.; 363, 4; 281, 9 a.; 343, 10 a.).

[1]) Por. także *Krzymuski* Proces 359 sq. *Glaser* Schwurg. Abh. 39. Es ist darauf zu bestehen, dass die Geschwornen die Subsumtion der That unter das Gesetz in ihrer Antwort vollziehen. *Rulf* 165 sq.

Tak więc w naszym wypadku pytanie główne będzie jedno, bo jedno tylko było działanie (Handlung, That) oczywiście także w znaczeniu kompleksu czynności przez ustawę za jedność (przestępstwo trwałe lub nawet powtórzone por. wyżej) uznanych.

Dlatego pytanie brzmieć, naszem zdaniem, powinno w danym wypadku:

Czy Jakób F. winien jest, że w R. w czasie od 13 kwietnia do 30 listopada 1895 przedsięwziął na więcej zawodów nadużycia Anny K., zaledwie 12 lat liczącej, nadzorowi jego powierzonej, do pozamałżeńskiego cielesnego spółkowania (ewentualnie z dodatkiem zbytecznym, mojem zdaniem: nakłoniwszy ją do nierządu)?

W ten sposób działanie dane posiada wszystkie znamiona ustawowe (alle gesetzlichen Merkmale)[1]).

W praktyce, opierając się na istnieniu zbiegu idealnego, stawia się w tym wypadku zazwyczaj dwa pytania główne[2]):

---

[1]) Postawienie jednego pytania pomimo zbiegu ustaw karnych (kilkakrotnej kwalifikacyi kryminalnej danego działania) nietylko wynika z brzmienia §. 318 w świetle interpretacyi gramatycznej, lecz nawet objętem jest poniekąd przez §. 323 ust. II. prk.: Welche Thatsachen in einer Frage zusammenzufassen oder zum Gegenstande besonderer Fragen zu machen seien, bleibt... der Beurtheilung in jedem einzelnen Falle überlassen. Ustawa ma tu na myśli t. zw. complexe Frage, tj. pytanie obejmujące szereg faktów (działań), mających samodzielne znaczenie (Thatsachen), „gdy jeden oskarżony znajduje się pod zarzutem kilku przestępstw" (*Krzymuski* Proces 360, por. *Rulf* 164 sq.). Jeżeli więc w razie popełnienia kilku samodzielnych działań przestępnych można objąć cały stan faktyczny jednem pytaniem, to tem bardziej może jedno pytanie odnosić się do jednego działania, obrażającego tylko kilka ustaw karnych: a maiori ad minus. Bardzo oryginalne są w tej mierze wywody *J. v. W.* (A. ö. G. Z. 1880 l. 9). Wird im Falle der ideellen Concurrenz eine Gesammtthat angenommen und nur eine Hauptfrage mit Anführung aller thatsächlichen Umstände gestellt, so ist diese Frage offenbar eine complexe und als solche unzulässig (?!), denn die Hauptfrage kann nur eine That... enthalten. Według *J. v. W.* zbieg jednoczynowy zawiera zatem więcej czynów! *Ullmann* 588. niechętnie widzi pytania złożone.

[2]) Zwyczaj ten ze stanowiska zbiegu przestępstw idealnego zupełnie konsekwentny i logiczny uświęcił *Mayer* III. 124. In den Fällen der ideellen Concurrenz wo also eine und dieselbe Handlung die Merkmale mehrerer verschiedener Verbrechen u. s. w. in sich vereinigt, muss

1) Czy Jakób F. winien jest, że w R. w czasie od 13 kwietnia do 30 listopada 1895 przedsięwziął na więcej zawodów nadużycia Anny K., zaledwie lat 12 liczącej, do pozamałżeńskiego cielesnego spółkowania?

2) Czy Jakób F. winien jest, że w R. w czasie od 13 kwietnia do 30 listopada 1895 nakłonił powierzoną swemu nadzorowi Annę K. do nierządu przez cielesne ze sobą spółkowanie? [1]).

Tak więc znów mamy do czynienia z dwoma szeregami działań zupełnie samodzielnymi, od siebie niezależnymi, jedna grupa obejmuje spółkowanie z osobą niżej lat 12, druga z osobą powierzoną nadzorowi.

Dalsze konsekwencye zawiera wyrok.

Wyrok według §. 260 ma objąć:

1. Welcher That der Angeklagte schuldig befunden worden und zwar unter ausdrücklicher Bezeichnung der einen bestimmten Strafsatz bedingenden Thatumstände.

2. Welche Strafbare Handlung durch die als erwiesen angenommenen Thatsachen, deren der Angeklagte schuldig befunden worden, begründet wird.

---

jedes derselben zum Gegenstande einer besonderen Frage gemacht und nur dabei ersichtlich gemacht werden, dass sich die verschiedenen Fragen nur auf eine einzige nicht auf verschiedene selbständige Handlungen beziehen, tego samego zdania *J. v. W.* All. öst. G. Z. 1880 l. 9, który sądzi, że w wypadku jednego pytania: dem Schwurgerichte das gesammte Anklagemateriale weder in erschöpfender noch in formgemässer Weise zur Entscheidung... vorgebracht wird. Podobnie *Glaser* (Holtz R. Lex. I. 896) nie oświadcza się wprost za kilku pytaniami, lecz wynika to z całego ustępu. To samo stanowisko zajmuje (zdaje się) *Vargha* 282. So viel Reate ein Angeklagter... beschuldigt wird, so viele Hauptfragen müssen gestellt werden. Natomiast *Mitterbacher* 522 dopuszcza możliwość także jednego pytania, entweder zwei Hauptfragen... oder beide Thatbestände in eine Frage aufzunehmen. Przyznać trzeba, że czasem praktyka odbiega (czy konsekwentnie wobec zbiegu idealnego) od zasady samodzielnych pytań, por. pytanie służące za podstawę rozstrz. N. Tryb. z 16 lutego 1876 r. Sg. Nr. 104 (Plenarbeschlüsse II. 16) ist X. schuldig im heurigen Frühling (1875) an seiner am 27 Jänner 1863 gebornen sohin nicht 14 jährigen Tochter Francisca wiederholt den aussereheliche Beischlaf unternommen zu haben. Co do praktyki niemieckiej por. *Stenglein* 324. *Fuchsberger* Proces 296.

[1]) Formularz na dwa pytania w wypadku zbiegu idealnego (§. 81 i 152) podaje *J. v. W.* (op. cit.).

A więc musi dokładnie oznaczać działanie naturalne, które jest podstawą skazania, by następnie na tej podstawie skonstruować, jaką ustawę karną działanie to narusza i z jakiej ustawy ma być karane (strafbare Handlung)[1]).

A więc: Jakób F. winien jest, że w R. w czasie od 13 kwietnia do 30 listopada przedsięwziął na więcej zawodów nadużycia Anny K., zaledwie 12 lat liczącej, nadzorowi jego powierzonej, do pozamałżeńskiego cielesnego spółkowania, czem dopuścił się zbrodni zgwałcenia z §. 127 i uwiedzenia do nierządu z §. 132 u. k. (des Verbrechens der Nothzucht und der Verführung zur Unzucht).

Praktyka układa wyrok znów inaczej[2]).

Jakób F. winien jest *a)* zbrodni zgwałcenia z §. 127 u. k, oraz *b)* zbrodni uwiedzenia do nierządu z §. 132 u. k. popełnionych przez to, że ad *a)* w R. w czasie od 13 kwietnia do 30 listopada przedsięwziął na więcej zawodów nadużycia Anny K., zaledwie 12 lat liczącej, do pozamałżeńskiego spółkowania, ad *b)* że w R. w czasie

---

[1]) *Rulf* 158 sq. *Ullmann* 558. *Vargha* 273.

[2]) Por. znamienne wywody *Mayera* II. 352. Bei vorliegender idealer Concurrenz zweier Strafthaten (?!) ist die Verurtheilung nicht bloss auf die schwerere derselben, sondern zugleich auch auf diejenige zu richten, welche unter das mildere nicht zur Anwendung kommende Strafgesetz fällt.

Die Anschauung, dass um einen Ausspruch über dies concurrirende Delict nothwendig zu machen, die Schuldigsprechung eine praktische Folge in Ansehung der zu erkennenden Strafe haben müsse, sei es, dass die Anwendung eines anderen als in der Anklage angegebenen Strafgesetzes oder sei es, dass die Berücksichtigung eines die Strafbarkeit erhöhenden Umstandes durch das concurrirende Delict einzutreten habe, übersieht, dass es sich um die Festsetzung der Strafe hierbei überhaupt nicht handelt, sondern um Wahrung des Grundsatzes, dass der Angeklagte derjenigen Delicte, deren er sich durch seine Handlung schuldig gemacht hat nach dem Zwecke des Verfahrens auch schuldig erkannt werden muss, und dass diese Schuldigerkennung, auch wenn sie eine besondere von derjenigen, für das schwerere Vergehen äusserlich getrennte Strafe nicht zur Folge hat, desshalb nicht einer Nichtbestrafung gleichsteht, sondern auf die Frage eines demnächtigen Rückfalles ihre praktische Bedeutung besitzt.

od 13 kwietnia do 30 listopada nakłonił powierzoną swemu nadzorowi Annę K. do nierządu przez cielesne z sobą obcowanie, za co skazanym zostaje po myśli §. 126 u. k. przy zastosowaniu §. 34 u. k. na . . . .

Na tem jednak nie koniec — przyjęcie istnienia zbiegu idealnego pociągnąć musi za sobą naturalną inną konsekwencyę jeszcze. §. 265 prk. przepisuje w razie, jeżeli się okaże, że skazany za pewne pızestępstwo popełnił przed skazaniem inne jeszcze przestępstwo, przy wymiarze kary za to świeżo odkryte przestępstwo, mieć wzgląd na karę poprzedniem orzeczeniem objętą, a to tak, by nie przekroczyć najwyższego wymiaru przepisanego w ustawie za przestępstwo cięższe, a rozstrzygnięcie Najw. Tryb. z 24 marca 1876 pod tem uwzględnieniem (Rücksichtnahme) każe rozumieć wprost uwzględnienie przepisów zawartych w ustawie o wymiarze kary w wypadku zbiegu przestępstw.

Jeżeli zatem przyjmiemy, że w t. zw. zbiegu idealnym mamy rzeczywiście dwa lub więcej przestępstw, jeżeli praktyka tak (zresztą konsekwentnie) samodzielnie je traktuje, że stawia odrębne pytania główne, oskarża odrębnie o popełnienie każdego z nich i każde osobno wyrokiem obejmuje, to czyż nie jest wnioskiem zupełnie logicznym, że w razie skazania za jedno z nich, jeżeli po wydaniu wyroku okaże się, że sprawca popełnił także drugie (czyli innemi słowy, jeżeli wyjdzie na jaw osobna kwalifikacya karna tego samego czynu), czyż nie należy w tym wypadku zastosować §. 265 prk.? Wszak §. 265 używa także wyrażenia »strafbare Handlung« [1]), tak samo jak §. 207, 260 i 318 prk., a więc skoro tam tłómaczyło się przez przestępstwo (w znaczeniu obrazy ustawy itp.),

---

[1]) Wird ein Angeklagter gegen welche bereits ein Strafurtheil ergangen ist, einer anderen vor der Fällung jenes Strafurtheiles begangenen strafbaren Handlung schuldig befunden, so ist bei Bemessung der Strafe für die neu hervorgekommene strafbare Handlung auf die dem Schuldigen durch das führere Erkenntniss zuerkannte Strafe angemessene Rücksicht zu nehmen, so dass die im Gesetze für die schwerer strafbare Handlnng bestimmte höchste Strafe nie überschritten werden darf. *Rosenblatt* tłómaczy tu także strafbare Handlung przez przestępstwo.

to i tu tę interpretacyę należy zatrzymać. Weźmy przykład: ów Jakób F. zostaje skazanym za spółkowanie z niewiastą niżej lat 12 (§. 127 u. k.), po wydaniu wyroku okazuje się, że ta niewiasta oddaną mu była pod nadzór, a więc wychodzi na jaw (zdaniem zwolenników idealnego zbiegu), że popełnił prócz zbrodni z §. 127 także zbrodnię z §. 132. Tej ostatniej zbrodni nie uwzględnił jednak wyrok, należy więc w myśl §. 265 prk. wydać nowy wyrok, który nie odbiegajac od zasad §. 34 u. k. obejmie karę dodatkową, tak, aby suma kar nie przenosiła kary najwyższej za przestępstwo cięższe (w tym wypadku §. 127 u. k.).

Jestto konsekwencya zupełnie prosta [1]), a jednak sprzeciwia się ona wprost przewodniej zasadzie prawa karnego ne bis in idem [2]).

Tak zatem staraliśmy się wykazać, że przyjęcie istnienia zbiegu idealnego w ustawie materyalnej w naturalnej swej konsekwencyi pociągnąć musi wypaczenie przepisów ustawy o postępowaniu karnem. Chcąc bowiem podtrzymywać zdanie, że przy t. zw. zbiegu jednoczynowym mamy do czynienia z dwoma zbrodniami, musimy oskarżać o popełnienie dwu zbrodni, stawiać dwa oddzielne pytania główne i skazać za dokonanie dwu zbrodni, co wprost sprzeciwia się jasnemu brzmieniu ustawy.

---

[1]) Praktyka jednak wzdraga się wyciągnąć tę konsekwencyę (najbliżej jej stoi *Gernerth*, por. niżej 113 uw. 2), idąc za wzorem *Mayera*, który (II. 432) mówiąc o §. 265 prk. orzeka: Nach dieser Vorschrift der Strafprocessordnung, wird der Begriff der realen (mehrthätlichen) Concurrenz von der gleichzeitigen Untersuchung der Delicte unabhängig erklärt, a więc nie jestto rozszerzenie pojęcia zbiegu w ogóle lecz tylko realnego, musi wyjść na jaw samodzielny czyn karygodny, a nie kwalifikacya kryminalna tego samego czynu.

[2]) Znakomity niemiecki procesualista *Stenglein* mówi wyraźnie: Liegt ein gerichtliches Urtheil vor, so schliesst dies eine neue Beurtheilung unter einem neuen rechtlichen Gerichtspunkt ebenso aus, wie unter dem früheren. Es kann also nicht von einer neuen Verfolgung wegen eines ideal konkurrierenden Delikts die Rede sein. Ebensowenig kann im neuen Urtheile eine weitere Nebenstrafe oder ein sonstiges Strafübel nachträglich noch erkannt werden, str. 228. Por. powołane u *Stengleina* Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Por. także *Fuchsberger* Str. R. 142 Proz. 232.

§. 3. Wnioski praktyczne, konsekwencye naszego stanowiska są następujące:

I. Przyjmujemy, że ustawa materyalna nie zna zbiegu idealnego, a więc, że tam, gdzie dokonano jednego działania przestępnego, zachodzi tylko jedno przestępstwo, i z powodu jednego tylko może zapaść kara. W razie zaś kolizyi między ustawami karnemi, które możnaby zastosować, wybrać należy tę, która najstosowniejszą się być wydaje, a ostatecznie w razie, gdyby to kryteryum zawiodło, wybrać tę, która przepisuje karę najsurowszą.

Konsekwencya ta jest tak prostą i jasną, że *Liszt* uważa §. 73 u. k. niemieckiej, wniosek ten w ustawową formę przybierający, wprost za zbyteczny[1]). Argumenta przytoczone przeciw temu zdaniu, a za koniecznością utrzymania §. 73 u. k. są błahe: redukują się do zarzutu, że w razie wątpliwości sędzia mógłby tak dobrze ustawę najłagodniejszą, jak najsurowszą zastosować[2]); zarzut ten jest o tyle nieuzasadniony, że sędzia przy wymiarze kary będzie chciał o ile możności uwzględnić wszystkie znamiona przestępne czynu: gdyby istniało odnośne przestępstwo złożone, łączące znamiona np. zgwałcenia i uwiedzenia do nierządu, tak jak istnieje rabunek odnośnie do gwałtu publicznego z §. 98 i kradzieży, to oczywiście działanie podpadłoby pod ten przepis, gdy zaś go nie ma, będzie pragnął możliwie jak najbardziej zbliżyć się do ideału uwzględnienia całej karygodności czynu, a udać mu się to tylko może przez zastosowanie ustawy przepisującej karę najsurowszą.

W każdym razie stwierdzamy, że zdanie podobne istnieje, że §. 73 uchodzi w oczach niektórych kryminalistów wprost za zbędny.

Gdybyśmy nawet konsekwencyi zawartej w §. 73 R. Str. GB. nie uważali za wprost jedyną, to w każdym razie musielibyśmy zastosować do potrzeb ustawy austryackiej zdanie teoryi uświęcone w §. 73, które w analogicznych

---

[1]) Por. omówienie projektu włoskiego w Abhandlungen des kriminalistischen Seminars in Marburg I. str. 41. *Heinemann* 133.

[2]) Por. *Wachenfeld* 132 sq. *Heinemann* 133 sq.

przypadkach oświadcza się za ustawą zawierającą karę surowszą.

II. Jeżeli kara wymierzoną być ma z ustawy jednej, jeżeli w zasadzie zastosowana być ma ustawa jedna, jeżeli w ogóle zachodzi przestępstwo jedno, to okoliczność, że naruszono działaniem przestępnem także ustawę inną nie ma żadnego znaczenia a przedewszystkiem nie może mieć znaczenia okoliczności obciążającej. Okoliczność bowiem jedyną, przemawiającą za surowszem ukaraniem, to jest konieczność uwzględnienia możliwie wszystkich ustawowych znamion czynu, już wzięliśmy pod uwagę oświadczając się za zastosowaniem ustawy surowszej. Stosować z tego tytułu jeszcze okoliczność obciążającą byłoby sprzeciwieniem się zasadzie ne bis in idem.

III. Skazanie przestępcy z jednej tylko ustawy ma znaczenie wielkie dla kwestyi karania powrotu do przestępstwa. Powrót bowiem zachodzi w razie popełnienia przestępswa po skazaniu prawomocnem za popełnienie innego (bądź to tego samego rodzaju recidive speciale, bądź innego nawet rodzaju recidive absolue, dla nas ma znaczenie tylko recydywa specyalna por. §. 44 c wegen eines g l e i c h e n Verbrechens gestraft worden a więc) tego samego rodzaju przestępstwa a nadto po odcierpieniu zań kary (gestraft).

Wobec tego, jeżeli skażemy przestępcę z jednej ustawy (np. §. 127 u. k.), jeżeli odcierpi on karę mu naznaczoną, to powrotu dopuścić się może tylko w razie popełnienia znów działania podpadającego pod §. 127 (i w ogóle §. 125 sq.) żadną zaś miarą w razie popełnienia czynu karygodnego naruszającego ustawę, która wprawdzie przy wydawania wyroku konkurowała z ustawą, z której karę zastosowano (np. §. 132), lecz która ostatecznie odpadła i uwzględnioną nie została. Przestępca o d c i e r p i a ł b o w i e m k a r ę z a j e d n o t y l k o p r z e s t ę p s t w o, nie można więc brać w rachubę tej okoliczności, że przy rozstrzyganiu sprawy sędzia m ó g ł b y ł zastosować inną ustawę. Tak więc w owym przypadku Jakóba F., który jako klasyczny przykład, niech nam nadal służy, sprawca może się dopuścić recydywy tylko w razie powtórnego

zgwałcenia, nie zaś w razie powtórnego uwiedzenia do nierządu [1]).

IV. Z tych samych powodów wykluczonem jest postępowanie z §. 265 prk. w razie, jeżeliby się po skazaniu okazało, że przestępstwo dane nietylko narusza tę ustawę karną, z której wyrok zapadł, lecz także inną, jeżeliby zatem wyszło na jaw, że gwałcicielowi ofiara oddaną była na wychowanie lub pod nadzór. Wykluczonem jest mówimy a to dlatego, bo okoliczność ta nowa rzuca wprawdzie nowe światło na czyn przestępny, lecz nie tworzy nowego przestępstwa. Jestto nowa kwalifikacya karna czynu a §. 265 prk. nie mówi o wyjściu na jaw nowej kwalifikacyi karnej, lecz innego przestępstwa [2])

V. Do tych konsekwencyi wchodzących w dziedzinę prawa materyalnego dodać musimy jeszcze uwagi z dziedziny procesu.

---

[1]) Innego zapatrywania *Mayer* II. 392, por. wyżej str. 108 uw. 2. Por. *Fuchsberger* Str. R. 142.

[2]) Wydarzyć się może, że w razie zastosowania innej ustawy karnej, nie tej którą zastosowano, kara byłaby znacznie surowszą np. Pawła W. skazano z §. 131 u. k. (kazirodztwo) na 6 miesięcy więzienia, podczas gdy po prawomocnym wyroku okazuje się, że czyn nosił także znamiona §. 127 i to takie, że kara wynosiłaby od 10 do 20 lat ciężkiego więzienia (uszczerbek na zdrowiu), czyż dla tego zbiegu okoliczności w celu, aby sprawca zasłużonej surowszej karze nie uszedł, mamy zastosować §. 265 prk. Nie! byłby to błąd zasadniczy! przypadki podobne przewidujc i normuje §. 356 prk. podający warunki wznowienia (w naszym wypadku ust. II.) a używający wyrażenia eine Handlung wegen welcher der Angeklagte verurtheilt worden ist, nach einem strengeren Strafgesetze verurtheilt werde, a więc to samo karygodne działanie. Innego zdania *Gernerth*, który przypadki wznowienia postępowana (§. 353 u. II. 356, 363 u. IV.) opierając się na §. 359 prk. podciąga pod ogólną zasadę §. 265 łącząc powyższe postanowienia w jedną całość. Jeżeli §. 359 w ustępie III. w nawiasie powołuje §. 265, to tylko dla analogii uwzględnienia już odbytej kary, nie zaś dla identyczności treści przepisów. Wznowienie postępowania z powodu danego przestępstwa a odkrycie nowego po osądzeniu innego, są to wypadki różne. *Gernerth* je identyfikując zbliża się do tego zdania, które wyżej jako logiczną konsekwencyę zbiegu idealnego uznaliśmy, że §. 265 prk. ma zastosowanie także w razie wykrycia nowej kwalifikacyi czynu karygodnego. (Mit den Fällen der abgesonderten Strafsachen ist aber die Anwendung des §. 265 prk. keineswegs erschöpft).

Zasadniczą jest w tej mierze kwestya wywołująca także dyskusyę w literaturze niemieckiej odnośnie do zastosowania §. 73 R. Str. GB.[1]), czy w oskarżeniu, pytaniach dla przysięgłych i w wyroku uwzględnić można, passim przynajmniej, ustawę konkurującą, czy jednem słowem można zrobić jaką wzmiankę o tem, że zachodzi zbieg ustaw[2]). Zdaniem mojem oddzielić tu należy akt oskarżenia i wyrok od pytań.

Akt oskarżenia ma wnosić na zastosowanie jednej z ustaw konkurujących, rzeczą sędziego jest dopiero rozstrzygać w razie udowodnienia winy na rozprawie, która z ustaw wejdzie w życie i czy w ogóle zachodzi zbieg ustaw: na rozprawie bowiem może się okazać, że odpadają znamiona przestępstwa z jednej, pierwotnie pozornie konkurującej ustawy np. w naszym przypadku okaże się, że Anna K. nie była oddaną pod nadzór Jakóbowi F. Dlatego akt oskarżenia musi uwzględniać wszystkie możliwe konkurujące ustawy; co do formy tego uwzględnie-

---

[1]) Badeński Oberhofgericht rozstrzygnął, że bezwarunkowo nie wolno uwzględniać co do kary konkurującej ustawy (nicht nur nicht bestraft) i z jej tytułu uznać winnym (auch keine Schuldigerklärung) (*Reiffel* Gs. 39. 525 sq.) Lipski Reichsgericht w orzeczeniu z 2 paźdz. 1883 r. uznaje, że nie jest prawniczo błędnem (rechtsirrthümlich) w wypadku, jeżeli zachodzą znamiona Untreue i Unterschlagung zastosować tylko postanowienia odnoszące się do Untreue (Strafbestimmungen über Untreue ib. 522) wreszcie rozstrzygnięcie z 17 maja 1881 domaga się tylko uwzględnienia w powodach okoliczności, że zachodził zbieg ustaw (sich wenigstens aus den Gründen des Urtheils ergäbe ib. 523). Por. także teoretyczne wywody *Heinemann* 95 sq. *Liszt* Lehrb. 225 sq.

Co do pytań dla przysięgłych por *Stenglein* 324. Handelt es sich dagegen um Idealkonkurrenz also um verschiedene rechtliche Beurteilungen einer That, welche sich nicht ausschliessen, sondern nebeneinander bestehen, so ist weder die Stellung von Eventualfragen oder auch nur getrennter Fragen nothwendig, sondern die verschiedenen rechtlichen Beurteilungen können in einer Frage Platz greifen.

[2]) Zajmujemy się tą kwestyą, pomimo, że dając wzory aktu oskarżenia, pytań i wyroku poprzednio niejako już na nią daliśmy odpowiedź. Poprzednio jednak roztrząsaliśmy rzecz ze stanowiska ustawy o postępowaniu i jej wymogów, niezależnie od tego, czy ustawa materyalna zna zbieg idealny, czy nie. Obecnie to logiczne prius mając za sobą raz jeszcze musimy rzucić okiem na część procesową.

nia, to najzupełniej obstajemy przy tej, która zdaniem naszem wprost wynika z §. 207 prk. a którą wyżej przytoczyliśmy. Prokuratorya podaje raz tylko cały stan faktyczny ze wszystkiemi znamionami, oskarża następnie o popełnienie zbrodni (jednej) a mianowiaie z tych a tych paragrafów, (obejmujących wszystkie ustawy naruszone) następnie wnosi na ukaranie z ustawy najbardziej odpowiadającej lub najsurowszej. W ten sposób podnosi prokuratorya fakt zbiegu ustaw a nie oskarża o dwa przestępstwa.

Podobnie będzie się mieć rzecz z wyrokiem. Sędzia w razie, jeżeli rozprawa okaże rzeczywiście, że zachodzą znamiona naruszenia dwu ustaw, uzna sprawcę winnym popełnienia danego czynu (schuldig erklärt einer That §. 267, 321) (z uwzględnieniem całego stanu faktycznego), następnie czyn ten nazwie (Bezeichnung der That z §. 262, welche Strafbare Handlung gegründet wird (z §. 260, 2) a więc obejmie nazwą z obu ustaw, np. »dopuścił się zatem zbrodni« zgwałcenia z §. 127 i uwiedzenia do nierządu z §. 132 u. k.), wreszcie skaże z ustawy surowszej (»skutkiem czego skazanym zostaje w myśl §. 127 u. k. na ....«). Forma ta wcale nie pozostaje w sprzeczności z tem, cośmy wyżej powiedzieli o recydywie, sędzia wprawdzie uznaje sprawcę winnym przestępstwa naruszającego dwie ustawy (choć nie dopuszczenia się dwu przestępstw, lecz skazuje go na karę w myśl naszego systemu tylko z jednej ustawy a więc recydywa z tytułu drugiej, jest nie dopuszalną[1]). Dlaczego z tej a nie z innej ustawy nastąpiło skazanie na karę podniesie sędzia w powodach.

Inna rzecz co do pytania dla przysięgłych, tutaj okoliczność, ile ustaw zostało naruszonych ma podrzędne znaczenie, pierwszorzędne zaś kwestya, czy sprawca winnym jest dokonania zarzuconego mu czynu, a zbieg uwzględni

---

[1]) Inna rzecz przy zbiegu realnym, gdzie sędzia skazuje za dopuszczenie się kilku przestępstw i uwzględnia ich zbieg w formie okoliczności obciążającej.

się o tyle tylko, że w pytaniu pomieści się wszystkie znamiona z ustaw karnych, które w danym wypadku mogą znaleść zastosowanie. Sędziowie przysięgli na podstawie wyników rozprawy mogą przyjść do przekonania, że nie zachodzą pewne okoliczności stanowiące znamię naruszenia pewnej ustawy a w takim razie mogą skreślić odnośny ustęp [1]). Forma pytania wynika już z tego, cośmy wyżej wspomnieli o wymogach ustawy o postępowaniu karnem a więc jeżeli postawimy pytanie np. na zbieg §. 127 i 132 czy Jakób F. winien jest, że przedsięwziął na więcej zawodów nadużycia Anny K. zaledwie 12 lat liczącej nadzorowi jego powierzonej do pozamałżeńskiego spółkowania (ewentualnie ze zbytecznym zupełnie dodatkiem nakłoniwszy ją do nierządu), to sędziowie przysięgli skreślić mogą wyrazy »nadzorowi jego powierzonej«, (»tak, ale z opuszczeniem wyrazów«), tem samem orzekając, że nie ma zbiegu ustaw [2]).

Stwierdzamy zatem: jak z jednej strony przyjęcie istnienia zbiegu idealnego w ustawie karnej z roku 1852, zmusza praktykę do wypaczenia jasnych i niedwuznacznych przepisów ustawy o postępowaniu karnem z r. 1873, tak przeciwnie wnioski logiczne i konsekwencye wynikające z założenia, że ustawa materyalna zbiegu tego nie zna zgadzają się najzupełniej z formami przepisanemi przez ustawę formalną dla aktu oskarżenia, wyroku i pytań dla przysięgłych.

---

[1]) W tej tylko formie zgodzić się można na propozycyę *Liszta* 206. Für den Richter ergibt sich in diesem Falle die Notwendigkeit, urteilsmässig festzustellen, gegebenen Falls durch Befragung der Geschwornen, dass die Handlung unter beide Strafgesetze fällt.

[2]) Skreślenie to może mieć oczywiście większe aktualne znaczenie dla wymiaru kary, gdy odnosi się do znamion przestępstwa cięższego; weźmy np. zbieg §. 127 i 131 u. k., jeżeli sędziowie w zdaniu: „własną córkę wprawioną bez przyczynienia się w stan bezbronności nadużył do pozamałżeńskiego spółkowania", skreślą słowa „wprawioną bez przyczynienia się (sprawcy) w stan bezbronności", zostawiając tem samem tylko znamiona zbrodni §. 131 u. k., wymiar kary zamiast co najmniej od pięciu do dziesięciu lat ciężkiego więzienia, obejmie więzienie od 6 miesięcy do roku.

Nie tylko więc ustawa karna nie zna konstrukcyi teoretycznie wadliwej zbiegu idealnego przestępstw (wykazała to interpretacya historyczna, gramatyczna i logiczna), lecz nawet podsunięcie ustawie tego pojęcia nie jest możliwem, bez zasadniczego sprzeciwienia się postanowieniom procedury.





